

القيادة العامة لشرطة دبي

اكاديمية شرطة دبي

إدارة الدراسات العليا

أثر تغيير الظروف في عقود التجارة الدولية

دكتور

شريف غنام

طبعة : ١٤٣١هـ - ٢٠١٠م

أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية

(أثر القوة القوة القاهرة والـ Hardship على تنفيذ العقود الدولية)

دكتـــور

شريف محمد غنـــام

أستاذ القانون المشارك

أكاديمية شرطة دبي

٢٠٠٩/ ٢٠١٠

المؤلف	د./ شريف محمد غنام
العنوان	أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية (أثر القوة القاهرة والـHardship على تنفيذ العقود الدولية)
الموضوع	أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية
الرقم الدولي للسلسلة	ISBN 978-9948-13-297-4
الرقم الموضوعي	346.07
الصف التصويري	مطبعة الفجيرة الوطنية
التنفيذ الطباعي	مطبعة الفجيرة الوطنية
التجليد الفني	مطبعة الفجيرة الوطنية
عدد الصفحات	600 صفحة
قياس الصفحة	24X17 سم

الطبعة الاولى

1431هـ - 2010م

أكاديمية شرطة دبي :

صندوق البريد	12085 أم سقيم - دبي - الإمارات العربية المتحدة
هاتف	+97143482255
فاكس	+97143481144
البريد الإلكتروني	college@dubaipolice.gov.ae
البريد الإلكتروني	col-law@dubaipolice.gov.ae

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمـــــــــة

١- أثر طول المدة في تنفيذ عقود التجارة الدولية :

تتميز عقود التجارة الدولية عن مثيلاتها من العقود الداخلية بطول مدتها. ويرجع طول مدة هذه العقود إما إلى اتفاق الأطراف ورغبتهم في تحقيق قدر من الاستقرار في معاملاتهم، كما هو الحال في عقود التوريد وعقود الامتياز، أو إلى طبيعة العقد ذاته وضخامة الأعمال المطلوب القيام بها. فعقود نقل التكنولوجيا وعقود إنشاء المصانع الجاهزة وإقامة شبكات طرق دولية أو اتصالات دولية تحتاج إلى وقت طويل لكى يتمكن الأطراف من تنفيذ التزاماتهم المتولدة عن تلك العقود.

ولا جدال أنه ما دام العقد ممتداً في الزمن، فإنه سيكون عرضة للتأثر بتغير الظروف المحيطة به. فالظروف المحيطة بإبرام عقد ممتد لعشرات السنوات لا يمكن أن تبقى على حالها طوال هذه المدة. وإذا طرأ تغير على الظروف المصاحبة لتكوين العقد، فإن هذا سيؤثر بلا شك على بعض عناصر العقد وتتأثر تبعاً لذلك التزامات المتعاقدين.

والظروف المحيطة بالعقد والتي قد يصيبها التغيير متنوعة. فقد تكون ظروفاً سياسية، كالقرارات الصادرة من حكومة دولة معينة بقطع العلاقات بينها وبين حكومة دولة أخرى مما يجعل تنفيذ التزامات الطرف المنتمي إلى هذه الدولة مستحيلاً أو مرهقاً. وقد تكون هذه الظروف اقتصادية. كوجود أزمة اقتصادية أو ارتفاع مفاجئ في أسعار المواد الأولية أو المواد المصنعة أو المنتجة. وقد تكون هذه الظروف أيضاً تشريعية أو قانونية كصدور بعض القوانين التي تمنع الاستيراد والتصدير أو تمنع تداول رؤوس الأموال مما يؤثر بشكل أو بآخر على تنفيذ العقد. وقد تكون هذه الظروف أخيراً تقنية أو فنية كتطور فن الإنتاج بالنسبة لمنتج معين بحيث يصبح هذا المنتج أكثر تقدماً وأقل سعراً مما يؤدى إلى تغير ذوق المستهلكين بالنسبة للمنتج محل العقد وبقائه في المخازن دون تصريف.

في مثل هذه الحالات ليس من المدهش أن نجد العقد الذي تكمن وظيفته الأساسية في استقرار المراكز القانونية بين الأطراف خلال مدة تنفيذه وتحقيق قدر من الاستفادة المتبادلة بين الأطراف، قد أصبح محكوماً عليه بألا يقوم بهذا الدور المعهود به.

وترتيباً على ذلك فإنه إذا تأثر تنفيذ العقد بهذه الظروف، وهذا لا بد واقع، بحيث يصبح هذا التنفيذ مستحيلاً أو مرهقاً فيصيب أحدهما بأضرار فادحة، فإن قواعد

العدالة تقتضي إعادة النظر في الأحكام المتولدة عن هذا العقد خاصة إذا أظهر الأطراف رغبتهم في الاستمرار في العلاقة التي تربطهم.

٢- وسائل معالجة تغير الظروف في التشريعات الوطنية :

إذا تأملنا موقف التشريعات الوطنية من مسألة تغير ظروف العقد، نجد أن هذه التشريعات لا تسير على نهج واحد. ومع اختلاف الحلول التي تضمنتها هذه التشريعات، نلاحظ أن هذه الحلول تسير في مستويين:

المستوى الأول، ويتضمن الحلول التي تواجه الظروف التي تجعل تنفيذ العقد مستحيلاً سواء بصفة كلية أو جزئية.

ونلاحظ على الحلول التي تواجه هذه الظروف ما يلي :

١- تنوع المصطلحات التي تستخدمها القوانين الوطنية في هذا الصدد [١]. فنقابل مصطلح القوة القاهرة [٢]، استحالة التنفيذ [٣] ونظرية الـ Frustration of contract [٤].

٢- اختلاف المفاهيم بين هذه المصطلحات المختلفة بحيث يمكن القول بأن كل مصطلح يعكس نظرية قانونية مستقلة في تعريفها ونتائج تطبيقها عن باقى النظريات الأخرى. فالقوة القاهرة في القوانين اللاتينية أو القوانين المتأثرة بها تتمتع بمفهوم مختلف عن فكرة استحالة التنفيذ في القانون الألمانى. ونفس الأمر ينطبق على نظرية الـ Frustration التي يعرفها النظام الإنجليزى [٥].

المستوى الثانى، يتبع هذا المستوى الحلول التي تواجه الظروف التي تجعل تنفيذ

---

(١) راجع في تفصيل هذه الفكرة، لاحقاً، بند ٢١.

(٢) من القوانين التي تستخدم هذا المصطلح، القانون المدنى المصرى (مادة ٢١٥)، والقانون المدنى الفرنسى (مادة ١١٤٨).

(٣) من القوانين التي تستخدم هذا المصطلح، قانون الالتزامات الألمانى (مادة ٢٧٥)، وقانون الالتزامات السويسرى (مادة ١١٩)

(٤) من القوانين التي تستخدم هذا المصطلح، القانون الإنجليزى والقانون التجارى الأمريكى الموحد (المواد ٢- ٣١٣و ٢- ٣١٤ و ٢ - ٣١٥).

(٥) انظر في مضمون استحالة التنفيذ، لاحقاً، بند ٦٣ ، ص٩٧؛ وانظر في مضمون نظرية الـ Frustration =

التزامات أحد طرفي العقد وهو المدين أكثر إرهاقاً بحيث يصبح هذا التنفيذ كما هو متفق عليه ضاراً بهذا المدين دون أن يجعله مستحيلاً.

ونلاحظ على هذا النوع من الحلول ما يلي:

(١)- بعض القوانين تتبنى هذا النوع من الحلول وبعض القوانين لا تتبناه. فقانوننا يأخذ بفكرة تعديل العقد إذا أصبح تنفيذه أكثر إرهاقاً بالمدين حيث يتدخل القاضى لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول (مادة ٢/١٤٧) مدنى. ولكن على العكس من ذلك لا يتضمن القانون المدنى الفرنسي أو البلجيكى نصاً عاماً ينظم هذه النظرية على النحو الذي فعله القانون المدنى المصري.

(٢)- تتنوع هذه الحلول حتى في الدول التي تأخذ بها. ويظهر هذا التنوع في شروط تطبيق النظرية التي تواجه هذه الظروف أو في النتائج المترتبة على تطبيقها. فنظرية الظروف الطارئة في قانوننا تتطلب لتطبيق حكمها توافر شروط معينة تختلف عن نظرية « انهيار أساس العقد « التي يطبقها القضاء الألمانى في هذا الصدد (١). هذا بالإضافة إلى أن كلاً من هاتين النظريتين ترتب نتائج جد مختلفة عن الأخرى.

٣- وسائل معالجة تغير الظروف في عقود التجارة الدولية :

إذا كانت التغيرات في الظروف المحيطة بالعقد لها أثر واضح في العلاقات الداخلية داخل الدول. فإن نطاق هذه التغيرات يزداد أكثر فأكثر إذا انتقلنا إلى المستوى الدولي. فالمتتبع لتحركات الأسواق العالمية يشهد تغيراً ملحوظاً من آن إلى آخر في أسعار المواد الأولية والمواد المصنعة والمنتجة. ولهذه التغيرات أثرها الكبير الذي لا يمكن إنكاره على تنفيذ العقود الدولية وعلى الوسائل المستخدمة لمعالجة هذه التغيرات.

وقد أدى هذا التطور المستمر في الظروف إلى خلق مفاهيم جديدة فرضتها ظروف وملابسات التجارة الدولية كشفت النقاب عن عدم ملاءمة القواعد والنظم القانونية المختلفة لدى التشريعات الوطنية لمسايرة التطورات على مستوى التجارة الدولية. فالحلول التي تتضمنها القوانين الداخلية توجه بالدرجة الأولى إلى المشكلات الناجمة

لاحقاً، بند ٦٤.

(١) راجع في تفصيل ذلك، لاحقاً ، بند ٣١.

عن العلاقات الداخلية، أما نظرتها إلى العلاقات الدولية وما يصاحبها من مشكلات فلا تكون إلا على سبيل الاستثناء وفي أضيق الحدود. فنظرية القوة القاهرة وما يشابها من نظريات. كما استقرت في الفقه والقضاء في معظم التشريعات الوطنية، لا تستوعب الحالات ذات الطابع الاقتصادي والتكنولوجي بمستجداتها، مما يجعل تطبيقها على العقد الدولى في هذه النواحى عسيراً. والأمر هو نفسه فيما يتعلق بنظرية الظروف الطارئة حيث لم تعد أحكامها تتمشى، وخاصة فيما يتعلق بمنح القاضى سلطة تعديل العقد في الحدود التي يرسمها له القانون، مع واقع عقود التجارة الدولية التي تتضمن، في غالبيتها، شرطاً باللجوء إلى التحكيم لفض النزاعات التي قد تثور بمناسبة تنفيذ العقد.

وإزاء هذا الوضع، فإن واقع عقود التجارة الدولية - فيما يتعلق بالحلول التي خلقها لمواجهة الآثار المترتبة على تغير ظروف تنفيذ العقد - يتميز بخصيصتين :

(١)- هجر لبعض المصطلحات المستخدمة في العقود الداخلية. فنجد مثلاً هجراً لمصطلح القوة القاهرة في اتفاقيات التجارة الدولية. فاتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولى للبضائع (فيينا ١٩٨٠) ، على سبيل المثال، تستخدم في المادة ٧٩ منها مصطلح « إعفاء » كعنوان للمادة ٧٩ منها.

(٢)- الحرية الواسعة المعترف بها للأطراف في تنظيم عقودهم سواء من حيث وضع تعريفات محددة لبعض الظروف وشروط تطبيقها ونتائجها القانونية، أو من حيث تحديد القانون الواجب التطبيق على هذه العقود. وبمقتضى هذه الحرية يستطيع الأطراف أن يعطوا لتلك الشروط مفهوماً موسعاً أو مضيقاً بحيث يقترب أو يبتعد من شرط آخر وقد يؤدى نفس وظائفه. بل إن الأطراف يستطيعون تطويع بعض المفاهيم المستقرة في القوانين الوطنية الجامدة ويطوروا أحكامها لتتمشى وواقع التجارة الدولية.

وقد ساهمت كل العوامل السابقة مجتمعة في أن غالبية عقود التجارة الدولية التي تعقد الآن تتضمن شروطاً أدرجها الأطراف باتفاقهم تهدف في مجموعها إلى مراجعة أحكام العقد على أثر تعرض العقد لظروف خارجية أثرت بشكل أو بآخر في تنفيذه. وتتنوع صورة ومضمون هذه الشروط ضيقاً واتساعاً من عقد إلى آخر بحسب ما يتفق عليه الطرفان وطبيعة كل عقد.

وقد أفرز الواقع التعاقدى لعقود التجارة الدولية العديد من الشروط التي تقوم بهذا

الدور. ومع تنوع هذه الشروط، فإننا يمكننا أن نقسمها إلى نوعين على النحو التالي :

النوع الأول، ويسمى شروط تعديل العقد تلقائياً. وتهدف هذه الشروط إلى تعديل بنود العقد بشكل تلقائي دون تدخل من الأطراف أثناء التعديل. ومن هذه الشروط شرط « الإبقاء على القيمة على أساس مؤشر أو أكثر » La clause d'indexation وشرط الإبقاء على القيمة رغم تغير العملة أو أية أسباب أخرى La clause d'échelle mobile.

النوع الثانى، ويسمى شروط مراجعة العقد [١]. وتهدف هذه الشروط إلى إعادة تعديل بنود العقد عن طريق إعادة التفاوض بين الأطراف. فالتعديل لا يتم هنا تلقائياً كما هو الحال في الشروط السابقة. وأهم هذه الشروط وأكثرها انتشاراً هو شرط « إعادة التفاوض »Hardship[٢].

وإلى جانب هذه الشروط خلق الواقع التعاقدى لعقود التجارة الدولية شرطاً جديداً هو « شرط القوة القاهرة ». ويعكس هذا الشرط حقيقة اتجاه أطراف العقد الدولى إلى تبني مفهوم آخر للقوة القاهرة أكثر مرونة من مفهومها التقليدي، ويتمشى مع أهمية هذه القواعد والحرص مع تنفيذها.

٤ - موضوع البحث :

يتعلق موضوع بحثنا بالعقود بصفة عامة، وبعقود التجارة الدولية بصفة خاصة. ولا يقف البحث عند دراسة تفصيلات هذه العقود، وإنما سيعالج بصفة عامة أثر تغير ظروف أياً منها.

وينصب البحث على أهم مرحلة من مراحل حياة العقد ألا وهى مرحلة تنفيذ العقد. وبالتالى يخرج عن مجال بحثنا مرحلتان من مراحل العقد هما: مرحلة المفاوضات التي تسبق إبرام هذه العقود، ومرحلة تكوين هذه العقود وما يصاحبهما من مشكلات وما يثور بصددهما من تساؤلات [٣].

ويصب بحثنا على وجه الخصوص على فرض عدم تنفيذ العقد بالشكل المتفق عليه

---

(١) انظر في تفصيل هذه الشروط والفارق بينها وبين شروط التعديل التلقائية، لاحقاً، بند ٥٠.

(٢) انظر في تبريرنا لتسمية شرط الـ Hardship " شرط إعادة التفاوض " هامش رقم ١٢.

(٣) انظر على سبيل فيما يتعلق بمرحلة المفاوضات في إبرام عقود التجارة الدولية، =

بين الأطراف بسبب وقوع أحداث غير متوقعة منهم ومستقلة عن إرادة المدين وتؤثر على هذا التنفيذ إما بجعله مستحيلاً أو بجعله مرهقاً للمدين مع بقائه ممكناً.

ولهذا يخرج عن مجال البحث فرض عدم تنفيذ العقد بسبب خطأ يرتكبه أحد أطرافه. فالمسئولية بسبب التنفيذ الخاطئ للعقد أو المخالفة الجوهرية له تخرج عن مجال دراستنا.

وسوف نركز في فرض عدم تنفيذ العقد لسبب لا دخل لإرادة المدين فيه على بعض الشروط التعاقدية التي تعالج هذا الفرض والتي ولدت في كنف عقود التجارة لتعالج الآثار الناجمة عن تغير ظروف إبرام هذه العقود واثر هذا التغير على تنفيذها.

وقد اخترنا لموضوع بحثنا من بين هذه الشروط شرطين فقط هما: شرط القوة القاهرة وشرط « إعادة التفاوض » Hardship لبيان ماهية كل شرط والنظام القانوني المطبق عليه ومدى العلاقة بينهما، وكذلك لبيان مدى العلاقة بينهما وبين نظرية القوة القاهرة والظروف الطارئة التي تعرفها بعض القوانين الوطنية لمعالجة أثر تغير ظروف تنفيذ العقد.

٥ - أهمية موضوع البحث:

يحقق اختيار هذا الموضوع فائدة عملية وعلمية معاً. وتتبلور الأهمية العملية لموضوع البحث في ارتباطه بعقود تتنامى وتزداد يوماً بعد يوم في حياة الدول جميعاً لا سيما الدول الآخذة في النمو كجمهورية مصر العربية. فازدياد أعداد هذه العقود أصبح واقعاً ملموساً في حياة الدول خاصة بعد تطور الحاجات والمجتمعات بصفة عامة. فالنهوض بمجتمع ما يحتاج إلى المزيد من التقدم والتقنية التي لا سبيل للحصول عليها إلا من مجتمع أكثر تقدماً. وتعتبر العقود الدولية هى أهم وسائل الحصول على هذه التقنية [1]. فالأمر يتعلق

SCHMIDI (J.), Négociation et conclusion des contrats, éd. Dalloz, 1982 ; LE FICHANT (F.), L'obligation de négocier en droit privé, th., Rennes 1, 1992.

وانظر على سبيل المثال فيما يتعلق بمرحلة تكوين هذه العقود،

WANG (Z. – H.,), La formation des contrats internationaux, th., Stasbourg, 1992.

(١) نذكر على سبيل المثال بالنسبة لمصر، القانون رقم ٧٤ لسنة ١٩٩٦ بالترخيص لوزير البترول في التعاقد مع الهيئة المصرية العامة للبترول وشركة أيوك كو إنك وهيئة البترول الدولية في شأن البحث عن الغاز واستغلاله في منطقة مليحة (حفر عميق) بالصحراء الغربية، وارد في الجريدة الرسمية، العدد ١٨ تابع (ج) في ٩ مايو ١٩٩٦، ص ٧ وما بعدها. =

بعقود تتميز بقيمتها المالية الضخمة والتي تجاوز الملايين في كثير من الأحيان، ويؤثر تنفيذها أو عدم تنفيذها في الحياة الاقتصادية للدول وفي ميزانيتها العامة. ولا تخفي هذه الأهمية على الدول أو المشروعات المتعاقدة.

وتزداد أهمية البحث نظراً لارتباطه بفترة من أكثر الفترات التي يهتم بها المتعاقدون وهى فترة تنفيذه وخاصة التغيرات التي تطرأ على العقد فتهدد تنفيذه بالفشل بشكل أو بآخر. فيندر في التطبيق العملى أن ينفذ عقد طويل المدة دون أن تتغير الظروف المحيطة به. ويبرز البحث واقع عقود التجارة الدولية بما يتميز به من معالجة لأثر هذه الظروف.

وتتمثل الأهمية العلمية أو القانونية لموضوع البحث في أن موضوعه ليس مجرد عرض أو مقارنة بين مصطلحات قانونية تستخدمها التشريعات الوطنية المختلفة، فالأمر أعمق من ذلك بكثير. فتبني مفهوم معين لشرط انتفاء المسئولية يرتب نتائج قانونية تختلف في مضمونها عن النتائج التي تترتب على تبنى مفهوم آخر. فإعادة التفاوض في العقد والحفاظ عليه والاستمرار في تنفيذه نتيجة تختلف كلية في مضمونها عن فسخ العقد وانتفاء مسئولية المدين وانهيار العلاقة التعاقدية بين الأطراف (١).

٦- صعوبة البحث (صعوبة ترجمة بعض المصطلحات):

لم يكن لهذا البحث أن يكتمل دون أن يلاقى بعض الصعوبات وخاصة أن مجاله عقود التجارة الدولية. ويصطدم الباحث في مجال التجارة الدولية بصفة عامة وفي مجال انتفاء المسئولية أو تغير الظروف بصفة خاصة ببعض المصطلحات التي يصعب عليه أن يجد مصطلحاً عربياً واحداً يعكس المضمون الحقيقى لهذه المصطلحات. كما أن هناك بعض المصطلحات التي تحتاج في ترجمتها إلى حرص شديد؛ لأن ترجمتها على نحو معين سوف يمنحها مفهوماً قانونياً معيناً ومن ثم إخضاعها لنظام قانوني معين يختلف عن النظام القانوني الذي قد تخضع له لو ترجمت على نحو آخر.

ومثال للنوع الأول من المصطلحات والتي يصعب الوصول إلى مصطلح معين يعكس مضمونها الحقيقى مصطلح الـ Hardship. فلم تتفق آراء الفقه الفرنسى أو

وكذلك القانون رقم ٧٥ لسنة ١٩٩٦ بالترخيص لوزير البترول في التعاقد مع الهيئة المصرية العامة للبترول وشركة تيكو كو أويل كومبانى ليمتد في شأن البحث عن البترول واستغلاله في منطقى السلوم بالصحراء الغربية، وارد في الجريدة الرسمية، العدد ١٨ تابع (ب) في ٩ مايو سنة ١٩٩٦، ص ٧ وما بعدها.

(١) آثار القوة القاهرة بمفهومها الحديث ستكون محل تفصيل منا في القسم الثاني من الرسالة.

المصرى حول الترجمة الحقيقة لهذا الشرط، حتى أن الفقهاء الفرنسيين يستخدمون هذا المصطلح كما هو دون ترجمة إلى اللغة الفرنسية [١]. ونفس الأمر فيما يتعلق بمصطلح الـ Frustration الذي يعرفه النظام الإنجلوسكسونى، ومصطلح الـ Lexmercatoria[٢].

---

(١) تنتمى فكرة الـ Hardship من حيث الأصل إلى القانون الأنجلوسكسونى. وقد ظهرت هذه الفكرة لتلافي النتائج المجحفة التي كانت تترتب على تطبيق فكرة الـ Frustration of contract التي يعرفها هذا النظام القانونى.

DAHN (M.), La pratique française du droit du commerce international, Centre français de commerce exterieur, 1992, p. 405.

ويعترف فقهاء التجارة الفرنسيين بأنه لا توجد ترجمة حقيقية للشرط حتى اليوم تعكس مضمونه الصحيح، ولهذا يطلقون عليه عدة مصطلحات وفي كثير من الأوقات يذكرونه كما هو دون البحث عن ترجمة له. ومن هذه الترجمات. " شرط الطوارئ Clause de l'imprévision "، " شرط الحماية Caluse de sauvegade "، " شرط العدالة Clause d'équité "، " شرط المراجعة Clause de révision " و " شرط الصعوبة Clause de dureté ". انظر في هذه التسميات،

FONTAINE (M.), Droit des contrats internationaux, Aynalyse et rédacation de clauses, FEC, 1989, p. 253 ; CEDRAS (J.), L'Obligation de négocier, Rev. Tri. Dr. com. et écono., 1985, p. 285, not. 72 ; GAUTIER (P. - Y.), L'arbitrage Quintette devant les juges de Colompie Britannique : la clause de Hardship, Invitation à l'Ultra Peite, Rev. arb., 1991, p. 617 , not. 12 ; FOUCHARD (Ph.), L'adaptation des contrats à la conjoncture économique, Rev. arb., 1979, p. 71 ; JUAN (R.), Clauses de variation de prix, J. - Cl., éd. Techniques, 1992, 11, Fas. 261, n º 42, p. 6.

ويطلق البعض على هذا الشرط أيضاً شرط " Clause de dislocation économique ".

BULISSON (M.), La négociaton de marchés internationaux, Moniteur, 1982, p. 223.

ويرى الأستاذ " إيلمان " ULLMAN وهو أستاذ أمريكى أن الفرنسيين يستخدمون مصطلح Hardship لعدم وجود المصطلح المناسب للفكرة باللغة الفرنسية، أما الأمريكان فهم يفضلون استخدام مصطلح " شرط الاختلال الكبير Clauses Gross Indequity ".

ULLAMAN (H.), Droit et pratique des clause de Hardship dans le système pratique American, RD . aff. int., 1988, p. 889.

وبدوره يختلف الفقه المصرى أيضاً في ترجمة الشرط. فقد ترجمه الأستاذ الدكتور ثروت حبيب " شرط المشقة "، د. ثروت حبيب، قانون التجارة الدولية مع الاهتمام بالبيوع الدولية، اتفاقية فيينا لبيوع ١٩٨٠، مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة، ١٩٩٥، ص ٣٦٢. وعرفه الأستاذ الدكتور محمود كيلانى « شرط الطوارئ». د. محمود كيلانى، عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا، رسالة، القاهرة، ١٩٨٨، ص ٤١٨.

ونميل من جانبنا إلى ترجمة الشرط « شرط إعادة التفاوض » لأن مضمون الشرط كما سوف نرى هو إلزام الأطراف وجه التقابل بإعادة التفاوض في شان العقد بهدف تعديله. فالنتيجة الرئيسية التي يرتبها الشرط متى توافرت شروط تطبيقه هى إعادة التفاوض بين الأطراف.

(٢) انظر في عرض الآراء المختلفة في ترجمة هذين المصطلحين، لاحقاً، هامش رقم ٣٨ و هامش رقم ٤٦٣.

ومثال للنوع الثانى من المصطلحات والذي يحتاج ترجمته إلى حرص شديد لتحديد طبيعته القانونية مصطلح « الإعفاء » الذي تستخدمه بعض الاتفاقيات الدولية للتعبير عن القوة القاهرة وأثرها على تنفيذ العقد كما هو الحال في اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولى للبضائع(فيينا ١٩٨٠) . فالأمر على ما يبدو لنا يتعلق بانتفاء للمسئولية وليس بالإعفاء منها. وشتان بين الإعفاء من المسئولية وانتفائها. فالإعفاء من المسئولية يفترض توافر أركانها أولاً من خطأ وضرر وعلاقة سببية، ثم يعفي المدين بعدها من نتائج عدم تنفيذ التزامه أى يعفي من دفع التعويض . أما انتفاء مسئولية المدين فيعني عدم توافر أركان هذه المسئولية ابتداءً سواء لانتفاء ركن الخطأ أو الضرر أو علاقة السببية. والحادث ، أوعلى حد تعبير المادة ٧٩ من اتفاقية فيينا، العائق غير المتوقع والمستقل عن إرادة الأطراف ويؤدي إلى استحالة تنفيذ العقد يمكن تكييفه على أنه من شروط انتفاء المسئولية لا من شروط الإعفاء منها مع أن الاتفاقية تتحدث عن إعفاء من المسئولية.

٧ - مشكلة البحث:

يثير موضوع البحث العديد من التساؤلات التي تحتاج إلى أجوبة. ومن هذه التساؤلات، هل القوة القاهرة في عقود التجارة الدولية لها خصوصية تميزها عن القوة القاهرة في مجال العقود الداخلية؟ وإذا كان لها مفهومان: فما الفارق بينهما ؟ ما المقصود بشرط« إعادة التفاوض» Hardship ؟ ما علاقته بنظرية الظروف الطارئة التي تعرفها بعض القوانين ؟ وما علاقته بنظرية القوة القاهرة ؟

هل القوة القاهرة تؤدي إلى إعادة التفاوض في العقد أم إلى فسخه بقوة القانون وانتفاء مسئولية المدين ؟ ما المقصود بإعادة التفاوض في العقد ؟ ما هو مدلول حسن النية خلال فترة إعادة التفاوض ؟

ما المقصود بواجب الإخطار الذي يقع على عاتق المدين ؟ هل هو التزام ؟ ما مصدره؟ ما هو موضوعه ؟ وما الجزاء المترتب على عدم القيام به ؟

ماذا يعني التزام الدائن بتخفيف الأضرار التي تلحق به ؟ وهل تعرف القوانين الوطنية هذا الالتزام ؟ ما هو مضمونه ؟ ما هو الجزاء المترتب على عدم القيام به ؟

كل هذه التساؤلات وغيرها سوف نجيب عنها خلال عرضنا لموضوع البحث.

٨ - منهج البحث :

انتهجنا في بحث هذا الموضوع منهجاً مختلطاً فهو :

١- **منهج مقارن**، لأن هذا البحث لا يقتصر على تناول موضوع تغير الظروف وطريقة معالجته في ظل نظام قانونى واحد، وإنما يتناوله في العديد من القوانين الوطنية التي تنتمي إلى أنظمة قانونية مختلفة، كالقانون المصري والفرنسي المنتمين إلى النظام القانوني اللاتيني، والقانون الألماني المنتمي للنظام القانوني الجرماني، والقانون الإنجليزي التابع للأنظمة القانونية الأنجلوسكسونية، ولكل نظام فلسفته وفحواه التي يتفرد بها عن غيره من الأنظمة الأخرى.

وبالإضافة إلى ذلك، لن نقتصر على تناول الموضوع في الأنظمة القانونية الوطنية. وإنما سوف نقارن بين هذه الأنظمة وما يجرى عليه العمل في عقود التجارة الدولية وكذلك اتفاقيات التجارة الدولية وشروطها العامة والنموذجية، وأيضاً قضاء التحكيم.

٢- **منهج تأصيلى**، ذلك أننا سنحاول في هذا البحث رد الفروع إلى أصولها والإشارة المستمرة إلى النظرية العامة للعقود ليس فقط في النظام القانوني المصري، وإنما أيضاً في الأنظمة القانونية المختلفة. فالعقد الدولي في حقيقته ليس سوى عقد ولكنه يتميز بتجاريته ودوليته اللتين لا تخرجانه كلية عن فلك النظرية العامة للعقود. فمبدأ سلطان الإرادة وما يتفرع عنه من مبدأ الحرية التعاقدية هو الأساس في ظهور شرط « إعادة التفاوض » Hardship وظهور المفهوم الحديث للقوة القاهرة، وكذلك مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود وما نتج عنه من الالتزام بالإخطار بوقوع الحدث ونتائجه المتوقعة على تنفيذ العقد. والالتزام بتخفيف الضرر، وضرورة مراعاة قواعد العدالة عند تنفيذ العقود. كل ذلك أفكار قانونية تجد جذورها الأساسية في النظرية العامة للعقود وإن كانت لها خصوصياتها في مجال عقود التجارة الدولية.

٣- **منهج تحليلى**، ذلك أن هذا البحث يعتمد على تحليل كل جزئية من جزئيات الدراسة في القوانين المقارنة وفي عقود التجارة الدولية خاصة فيما يتعلق بشرط القوة القاهرة وشرط « إعادة التفاوض» Hardship وصولاً إلى وضع نظرية عامة لهذين الشرطين في عقود التجارة الدولية.

وإلى جانب عرض الآراء الفقهية، سواء في فقه القانون المدنى أو فقه التجارة الدولية،

سوف نركز دائماً وفي كل جزئية على عرض موقف القضاء الوطني وقضاء التحكيم، في حدود المتاح لنا من قرارات. ويرجع ذلك إلى إيماننا بأن التطبيق العملى لما تتضمنه النصوص القانونية الوطنية ونصوص اتفاقيات التجارة الدولية من أحكام تتعلق بتغير ظروف العقد يبرز خصوصيات التجارة الدولية ويبرر استقلالها بأحكام معينة لا تقبل التطبيق على العقود التي تبرم في ظل القوانين الداخلية.

٩- خطة البحث :

ارتأينا، تمشياً مع موضوع البحث، أن نقسم الخطة العامة له إلى قسمين. نعالج في القسم الأول المفاهيم المختلفة للقوة القاهرة وعلاقة هذه المفاهيم بمفهوم شرط « إعادة التفاوض» Hardship. ونبين في القسم الثانى قدر الاقتراب في النتائج التي يرتبها المفهوم الموسع للقوة القاهرة وشرط " إعادة التفاوض" لتحديد ما إذا كانت هناك وحدة في هذه النتائج أم لا .

ويرجع تفضيلنا إلى تقسيم الخطة على هذا النحو إلى أن هذا التقسيم سوف يسمح لنا بعرض تفصيلي للمفاهيم المختلفة لنظرية القوة القاهرة في عقود التجارة الدولية والقوانين المقارنة، ويسمح لنا أيضاً ببيان المقصود بشرط " إعادة التفاوض " Hardship وعلاقة هذا الشرط بالمفاهيم المتنوعة للقوة القاهرة في هذه العقود.

ويمهد القسم الأول للانتقال إلى القسم الثاني الذي ندرس فيه أثر الاقتراب بين المفهوم الحديث للقوة القاهرة ومفهوم شرط " إعادة التفاوض " من حيث النتائج المترتبة على تطبيق كل منهما. بعد أن نتعرض للاقتراب بينهما من حيث المفهوم وشروط التطبيق في القسم الأول.

ونرى أن تقسيم الخطة بهذا الشكل يحقق فائدة علمية تتمثل في التسهيل على القارئ في تتبع موضوعات البحث؛ إذ تبدأ الخطة بالتعريفات والشروط وتنتهي بالنتائج.

١٠- تقسيم:

ترتيباً على ما سبق بيانه، فإننا سوف نقسم البحث إلى قسمين بحيث يحتوى كل قسم على بابين على النحو التالي:

القسم الأول: اختلاف مفاهيم القوة القاهرة وعلاقتها بشرط « إعادة التفاوض» Hardship.

الباب الأول: اختلاف المفهوم التقليدي للقوة القاهرة عن مفهوم شرط « إعادة التفاوض»

الباب الثانى: اقتراب المفهوم الحديث للقوة القاهرة من مفهوم شرط « إعادة التفاوض»

القسم الثانى : وحدة النتائج المترتبة على إعمال شرطي القوة القاهرة و» إعادة التفاوض»

الباب الأول : مبدأ الحفاظ على العقد

الباب الثاني : الالتزامات المترتبة على إعمال الشرطين

القسم الأول
اختلاف مفاهيم القوة القاهرة وعلاقتها بشرط " إعادة التفاوض" {Hardship}

١١- لا تتخذ القوة القاهرة في عقود التجارة الدولية مفهوماً واحداً. بل تتنوع هذه المفاهيم بين مفهوم مضيق أو تقليدي ومفهوم موسع أو حديث. ويتحدد موقع النظرية من مفهوم شرط « إعادة التفاوض » Hardship حسب المفهوم الذي تتخذه. فهى تبتعد كثيراً عن هذا الشرط إذا طبق المفهوم التقليدي لها. وعلى العكس تقترب كثيراً إذا طبق المفهوم الموسع لها.

وسوف نعرض في هذا القسم، على التوالي، للمفاهيم المختلفة التي يمكن أن تتخذها القوة القاهرة في عقود التجارة الدولية. ومدى العلاقة بين هذه المفاهيم ومفهوم شرط « إعادة التفاوض » وذلك في بابين متتاليين على النحو التالى:

الباب الأول : اختلاف المفهوم التقليدي للقوة القاهرة عن مفهوم شرط « إعادة التفاوض ».

الباب الثاني : اقتراب المفهوم الحديث للقوة القاهرة من مفهوم شرط « إعادة التفاوض ».

البـاب الأول
اختلاف المفهوم التقليدي للقوة القاهرة
عن مفهوم « شرط إعادة التفاوض »Hardship

١٢- يُقصد بالمفهوم التقليدي للقوة القاهرة « Force majeure » المفهوم المستقر الذي يرجع في أصوله إلى القانون الروماني[١]. ويصور هذا المفهوم القوة القاهرة بأنها حدث يقع بعد إبرام العقد وأثناء تنفيذه يتصف بأنه حدث غير متوقع وغير ممكن دفعه، ومستقل عن إرادة المتعاقدين، ويؤدى إلي استحالة مطلقة في تنفيذ الالتزام. والنتيجة المنطقية التي يرتبها وقوع مثل هذا الحدث هي انفساخ العقد وانقضاء التزام المدين تبعاً لذلك.

والحدث الذي يتصف بالقوة القاهرة على هذا النحو يختلف كليةً عن الحدث الذي تتمثل فيه خصائص الـHardship . فلكي نكون بصدد الـ Hardship يجب أن نكون أمام تغير جذري في ظروف العقد ، أياً كانت طبيعته، يؤدي إلى اختلال غير عادل في توازن العقد مما يجعل تنفيذه ضاراً بشكل كبير بأحد الأطراف. والنتيجة التي يؤديها شرط " إعادة التفاوض في هذه الحالة هى إعادة التفاوض بين الأطراف للوصول إلى طريقة يتم بها تعديل العقد لرفع الضر غير الفادح الذي يتحمله المتعاقد من جراء وقوع هذا الحدث.

وتبدو مظاهر اختلاف القوة القاهرة عن شرط " عادة التفاوض " Hardship في الأساس القانوني والنتيجة المترتبة على كل منهما، وأيضاً في درجة تأثير الحدث المكون لهما في تنفيذ العقد. وهذا ما سنعرض له في فصلين متتاليين.

---

(١) فكرة القوة القاهرة تنظمها القوانين والشرائع القديمة منذ زمن بعيد. وقد عرفها القانون الروماني بأنها « كل ما يستعصي توقعه بوسائل الإدراك الإنساني، حتى وإن أمكن توقعه فإنه يستعصي على المقاومة ». انظر في ذلك، د. حسبو الفزاري ، أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي، رسالة ، القاهرة، ١٩٧٩، ص. ٥٣٤.

الفصـل الأول
اختلاف الأساس القانوني والنتيجة المترتبة
على كل من القوة القاهرة و « شرط إعادة التفاوض »

١٣- يتصف المفهوم التقليدي للقوة القاهرة بالثبات وبتوافر حد أدنى من الشروط يجب توافرها جميعاً في الحدث لاكتساب هذا الوصف. وإذا توافرت هذه الشروط يتصف الحادث بالقوة القاهرة تلقائياً، ولا يتوقف ذلك على اتفاق الأطراف. فالحدث يستمد هذا الوصف من القانون مباشرة، ولا يخرج عن ذلك سوى القانون الإنجليزي كما سوف نرى لاحقاً [١].

والأمر على خلاف ذلك فيما يتعلق بشرط « إعادة التفاوض Hardship » ، فهذا الشرط ليس له مفهوم محدد مستمد من قانون معين، وإنما يتوقف مضمونه على ما اتفق عليه الأطراف. فهو شرط اتفاقي محض.

واختلاف مفهوم القوة القاهرة عن مفهوم شرط " إعادة التفاوض Hardship " لا يقتصر فقط على الأساس القانوني لكل منهما . ولكن يمتد أيضاً إلى النتيجة التي يرتبها كل منهما : فبينما تؤدى القوة القاهرة إلى انفساخ العقد وانقضاء التزام المدين، فإن شرط « إعادة التفاوض » يؤدى إلى إلزام الأطراف بالدخول في التفاوض بهدف تعديل أحكام العقد.

وسوف نخصص لكل وجه من أوجه هذا الاختلاف فرعاً مستقلاً.

---

(١) انظر لاحقاً، بند ١٧

الفرع الأول
اختلاف الأساس القانوني للقوة القاهرة
عن شرط « إعادة التفاوض»

١٤- تستمد القوة القاهرة أساسها من التشريع بالنسبة للتشريعات الوطنية، وتستمد أساسها من قضاء التحكيم بالنسبة لعقود التجارة الدولية، بمعنى أن نتائجها تنطبق بشكل تلقائى دون الحاجة إلى اتفاق صريح من الأطراف. فكافة التشريعات الوطنية تأخذ بالفكرة وتنظمها بنصوص صريحة. كما أن قضاء التحكيم يطبق دائماً هذه الفكرة بمعناها التقليدي.

وعلى العكس من ذلك يستمد شرط « إعادة التفاوض » Hardship تعريفه وشروطه من اتفاق الأطراف وإرادتهم. ولهذا فهو لا ينطبق بشكل تلقائي أو موحد في جميع العقود. بل تتغير صورته من عقد لآخر ومن حالة إلى أخرى وفق إرادة الأطراف.

وعلى هذا سوف نقسم هذا الفرع إلى مبحثين على النحو التالي :

المبحث الأول : القانون وقرارات التحكيم كمصدر للقوة القاهرة بمفهومها التقليدي

المبحث الثاني : الاتفاق كمصدر» لشرط إعادة التفاوض « Hardship.

المبحث الأول
القانون وقرارات التحكيم كمصدر للقوة القاهرة بمفهومها التقليدي

١٥- تعرف كافة التشريعات الوطنية فكرة القوة القاهرة ، على اختلاف مسمياتها، كسبب لانتفاء مسئولية المدين. وتطبق هذه التشريعات الفكرة بشروط معينة تؤدي إلى نتيجة محددة، أى أن هذه الفكرة مقررة ومعترف بها بشكل معين في كافة القوانين.

وتجد هذه الفكرة أساسها في القانون المقارن في نصوص القانون ذاتها، حيث تعالجه مختلف التشريعات بنصوص صريحة. أما بالنسبة لعقود التجارة الدولية فإن فكرة القوة القاهرة تستمد أساسها من قرارات التحكيم التجاري الدولي. فالمحكمون يميلون إلى تطبيق المفهوم التقليدي للقوة القاهرة. مادام لم يتفق الأطراف على تبني مفهوم آخر لها.

وسوف نبين في هذا المبحث المصدر الذي تستمد منه هذه الفكرة أساسها، سواء في القانون المقارن، أو في عقود التجارة الدولية، وذلك في مطلبين متتاليين.

المطلب الأول
القانون كمصدر للقوة القاهرة بمفهومها التقليدي
في القانون المقارن

١٦- القوة القاهرة كسبب لانتفاء مسئولية المدين فكرة تعرفها كافة التشريعات والأنظمة القانونية المختلفة، ولذا فإنها تعد مبدأ مسلماً به في كافة الشرائع. واعتبار القوة القاهرة مبدأ مسلماً به في كافة الشرائع ليس فقط مسألة نظرية، وإنما تترتب عليه نتائج عملية كثيرة. وسوف نوضح هاتين المسألتين على التوالي

١٧- أولاً: القوة القاهرة بمفهومها التقليدي مبدأ مسلم به في كافة الشرائع:

تُعَرَف القوة القاهرة بأنها حدث غير متوقع وغير ممكن دفعه ومستقل عن إرادة المدين، يطرأ بعد إبرام العقد، ويجعل تنفيذ التزام المدين مستحيلاً [١].

وتنظم مختلف التشريعات فكرة القوة القاهرة التي تنتفي بها مسئولية المدين بنصوص قانونية صريحة [٢]. ولا يخرج عن هذا الإجماع سوى القانون الإنجليزي. فإذا

---

(١) انظر في هذا التعريف،

DUBISSON (M.), Exposé du mercerdi 5 décembre 1979, séminaire de Malbun, institut du droit et des pratique des affaires internationales, " Rédaction de clauses importantes d'un contrat ", sous l'égide de la chambre de commerce international, p. 10.S

وانظر أيضاً التعريف الذي يقول به الدكتور محسن شفيق في عقد تسليم مفتاح، نموذج من عقود التنمية، محاضرات ألقيت على طلبة دبلوم الدراسات العليا، ١٩٨٢ - ١٩٨٣، ص ٨٦. والجدير بالذكر أن مختلف القوانين الوطنية قد نصت على اعتبار القوة القاهرة سبباً لانتفاء مسئولية المتعاقد الذي لم ينفذ التزامه دون أن تورد تعريفاً محدداً لها. انظر على سبيل المثال المواد ١١٤٧، ١١٤٨ من القانون المدني الفرنسي، والمواد ٢١٥، ١٦٥ من القانون المدني المصري.

(٢) من النظم القانونية التي ينظم قانونها فكرة القوة القاهرة، ويعتبرها سبباً لانتفاء المسئولية، القانون الفرنسي، البلجيكي، السويسري، الإيطالي، والألماني. انظر في ذلك،

LESGUILLONS (H.), Frustration, Force majeure, Imprévision, Welgfall der Geschäftsgrundläge, Dr. prat. com. int., 1979, p. 518 ; LE ROY (D.), La force majeure dans le commerce international, th., Paris, 1992, p. 628 ; VAN OMMESLAGHE (P.), Les clauses de force majeure et l'imprévision (Hardship) dans les contrats internationaux, RDI. Com., 1980, p. 38.

وانظر أيضاً في القانون المصري.

MABROUK (R.), La force majeure en droit des obligations, études de droit comparé=

كان مصطلح القوة القاهرة يتردد في اتفاقات الأطراف وفي أحكام القضاء الإنجليزي، فإنه ليس معروفاً جيداً من هذا النظام إلا بشكل اتفاقي [١]. فالمصطلح نفسه لا يعني شيئاً إذا لم يحدد الأطراف المقصود به والأحداث التي يواجهها والنتائج المترتبة على تطبيقه [٢]. ولذا يتفق الفقه على أن مفهوم القوة القاهرة في هذا النظام مفهوم اتفاقي وليس قانونياً يستمد وجوده ونطاق تطبيقه من تنظيم الأطراف له [٣].

وعلى الرغم من اختلاف القوانين المختلفة في تبني المصطلح الذي يعبر عن حالة القوة القاهرة، إلا أن هذه القوانين تتفق في الصورة العامة لهذه النظرية. فلوصف حدث ما بالقوة القاهرة، يجب أن يكتسب هذا الحدث صفات محددة هى صفة عدم التوقع، واستحالة الدفع، واستقلال الحدث عن إرادة المدين. وهذا ما يسميه الفقه بالحد الأدنى للشروط الواجب توافرها في مفهوم القوة القاهرة [٤].

ويتفق الفقه أيضاً في اعتبار القوة القاهرة بمفهومها التقليدي مبدأً مسلماً به في كافة التشريعات الوطنية. فكل القوانين الوطنية تبرئ ذمة المدين من تنفيذ التزامه متى أصبح تنفيذ التزام هذا المدين مستحيلاً بسبب حدث غير متوقع ولا يمكن دفعه ومستقل

=Egyptien et Français, th., Nantes, 1986.

(١) انظر،

DAHAN (M.), Pratique française du droit du commerce international, centre français du commerce extérière, Paris, 1992, p. 406.

(٢) اختلفت آراء الفقه حول قانونية أو اتفاقية مفهوم القوة القاهرة في القانون الإنجليزي، انظر في تفصيل ذلك، المناقشة التي دارت بين مجموعة العمل التي ناقشت « مشكلات طول المدة » برئاسة M . FONTAINE، وبصفة خاصة رأي GOLDSITH (M.)، واردة في،

Dr. prat. com. int.. 1979. n°1. pp. 141 - 171

(٣) انظر،

LESGUILLONS (H.), (Sous direction de), Vente, Lamy S. A., mai 1995, T. 3, Divi. 4, art. 386; Frustration, Force majeure., op. cit., p. 518.

ويلاحظ أن الفقهاء الإنجليز يتناولون في كتاباتهم مصطلح Act of God ، ولكن هذه الحالة تعتبر إحدى الحالات التي تندرج تحت نظرية Frustration of contract التي يعرفها القانون الإنجليزي على نحو ما سنراه لاحقاً.

(٤) راجع في ذلك،

ANTONMATTEI (P. - H.), Contribution à l'étude de la force majeure, th., Montpellier, L.G.D.J, 1992, p. 177 ; LEBREQUIER (Y.), L'évolution de la notion de la force majeure en matière contractuelle, étude jurisprudentielle, th., Nice, 1987, p. 16.

عن إرادة هذا المدين [١].

وتؤكد أحكام القضاء هذا الاتجاه أيضاً [٢]، ولذا قضي بأن « الإرادة المفترضة تتجه دائماً إلى فكرة القوة القاهرة بمفهومها التقليدي إذا لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك » [٣].

والجدير بالذكر أن فكرة القوة القاهرة المسلم بها في التشريعات الوطنية لا تحتوى فقط على شروط معينة يجب توافرها في الحدث، وإنما تتضمن أيضاً أن يؤدي هذا الحدث إلى نتيجة محددة. فالحدث يجب أن تتوافر فيه شروط عدم التوقع وعدم إمكانية الدفع و ألا يكون للمدين دخل في وقوع الحدث [٤] . هذا من ناحية. ومن ناحية أخرى يؤدى الحدث إلى فسخ العقد بقوة القانون، وانتفاء مسئولية المدين تبعاً لذلك [٥].

نخلص من ذلك إلى أن القوة القاهرة بمفهومها التقليدي ، باعتبارها سبباً لانتفاء

(١) انظر في ذلك،

ANTONMATTEI (P. - H.), op. cit., p. 7.

(٢) راجع،

Op. cit., p. 178.

وانظر أيضاً ،

GAILARD (E.), Arbitrage commercial international, Sentence arbitrale, droit applicable au fond du litige, J. Cl. Dr. int., 1991, fasc. 586 - 9 - 1.

(3)Cour d'appel de Paris, 28 fév. 1990, Note JOURDAN (P.), RTD. civ., 1990, p. 669.

(٤) انظر.

OSMAN (F.), Les principes généraux de la lex mercatoria, contribution à l'études d'un droit juridique anational, th., Bourgogne, L.G.D.J, 1992, P. 160 ; BARBIERI (J. - J.), Vers un nouvel équilibre contractuel ?, Recherche d'un nouvel équlibre des prestations dans la *formation* et l'*exécution du contrat*, th., Toulouse, 1981, p. 45.; LESGUILLONS (H.), Frustration, Force majeure., op, cit., p. 519 ; LE ROY (D.), op. cit., p. 469

(٥) انظر.

KHAN (Ph.), Force majeure et contrats internationaux de longue durée, JDI, 1975, p. 479; Lex mercatoria et pratique des contrats internationaux, *L'expérience française*, in " Le contrat économique international, stabilité et évolution ", Travaux des V11es journées *d'études juridiques* Jean DABIN, organisées à *Louvain* -La - Neuve, les 22 - 23 Novembre 1973, paris, éd. A. Pédone, 1975, p. 202.

وانظر في نفس المعنى.

FONTAINE (M.), Droit des contrats internationaux, Analyse et Rédaction de clauses,=

مسئولية المدين الذي يواجه استحالة التنفيذ، فكرة تنص عليها وتعترف بها كافة التشريعات الوطنية: أي أنه مبدأ مسلم به في هذه التشريعات. وتتمثل الفكرة كما هو مسلم بها في حدث تتوافر فيه شروط معينة، ويؤدي إلى نتيجة محددة.

١٨- ثانياً : النتائج المترتبة على اعتبار القوة القاهرة مبدأ مسلم به :

تؤكد قاعدة « لا التزام بمستحيل» « à l'impossible nul n'est tenu " على اعتبار القوة القاهرة بمفهومها التقليدي مبدأ مسلماً به في كافة التشريعات : إذ تقضي بأنه لا يجوز مسائلة المدين عن نتائج عدم تنفيذه لالتزامه إذا رجع عدم التنفيذ إلى حدث جعله مستحيلاً [١]. واعتبار القوة القاهرة بمفهومها التقليدي مبدأ مسلماً به ، مسألة ليس مجرد مسألة نظرية محضة، بل يترتب عليها نتائج عملية هامة.

فيترتب عليها أولاً: أن المفهوم التقليدي للقوة القاهرة ينطبق ولو لم يتفق الأطراف على تطبيقه. فالمتعاقدون ليسوا ملزمين بأن يتفقوا صراحة في عقدهم على انتفاء مسئولية أي منهم إذا لم يتمكن من تنفيذ التزاماته التي يرتبها العقد بسبب حدث القوة القاهرة. فبصفة عامة يؤدي مثل هذا الحادث إلى إبراء المدين من كل مسئولية ترجع إلى عدم التنفيذ. وإذا اتفق الأطراف على ذكر هذا الأثر في عقدهم، « فإنهم لا يكونوا قد أضافوا شيئاً للنظام العادي المنصوص عليه تشريعياً للقوة القاهرة » [٢]. فالمفهوم التقليدي للقوة القاهرة ينطبق من تلقاء نفسه دون اشتراط النص عليه صراحة في العقد [٣].

والجدير بالذكر أن التطبيق التلقائي للمفهوم التقليدي للقوة القاهرة مرهون بعدم استبعاد الأطراف له. فالأصل أن أحكام القوة القاهرة تنطبق ما لم يتفق الأطراف على تحمل المدين تبعة القوة القاهرة [٤]. وعلى ذلك، فإنه إذا كان مفهوم القوة القاهرة مبدأً

=FEC, 1989, p. 240 ; LE ROY (D.), La force majeure dans le commerce international, th., Paris, 1992, p. 627.

(١) انظر
ANTONMATTEI (P. - H.), op. cit., p. 177.

(٢) انظر
BARBIERI (J. - J), Op. cit., p. 487.

(٣) انظر في هذا المعنى
FONTAINE (M.), Op. cit., p. 225.

(٤) انظر،

مستقراً عليه وينطبق بشكل تلقائي، فإن الأطراف لهم الحق في استبعاد تطبيقه بنص صريح [١].

ثانياً: كما يترتب، أن الأطراف يمكن أن يشيروا في عقدهم إلى مجرد مصطلح القوة القاهرة كشرط وارد في العقد دون أن يُلزموا بوضع تفصيلات لهذا الشرط أو أن يحددوا مسبقاً الأحداث التي يواجهها الشرط. فهذا المفهوم ينطبق ما لم يتفق الأطراف صراحة على إدخال أحداث معينة في مفهوم القوة القاهرة لا تتوافر فيها الشروط الواجب توافرها في حدث القوة القاهرة على النحو المعروف في القواعد العامة [٢]. فمجرد ذكر الأطراف في العقد لمصطلح القوة القاهرة يترجم نيتهم في تطبيق المفهوم التقليدي للقوة القاهرة كما يعرفه القانون العام للعقود. فالمصطلح في حد ذاته له كيان قانوني يشتمل على تعريف واضح وشروط تطبيق محددة ونتيجةً متفق عليها. وفي حالة النزاع بين الأطراف على أي من هذه العناصر، فلن يجد المحكم أو القاضي صعوبة كبيرة في فض النزاع.

ثالثاً: اعتبار القوة القاهرة مبدأً مسلماً به يقتضي تطبيقه على كل الالتزامات أياً كانت طبيعتها، تعاقدية أم تقصيرية. ولا يحتاج في ذلك إلى التذكير به فيما يتعلق بكل التزام [٣]. ويفسر بعض الفقه عدم نص المشرع الفرنسي صراحة على انفساخ العقد كأثر لحادث القوة القاهرة بأن هذا الأثر ليس إلا تعبيراً عن حل قانوني يأتي بالحس السليم « bon sens" لمبدأ لا التزام بمستحيل [٤].

.BARBIERI (J. - J.). Op. cit., p. 490

وتجيز المادة ٢/٢١٧ مدني هذا الاتفاق: إذ تنص على أن " يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ والقوة القاهرة "

(١) انظر في هذا المعنى.

LARROUMET (Ch.). Droit civil. T. III. Les obligations. 1ère partie. Economica. 1986. p. 705.

(٢) في هذا المعنى.

DUBISSON (M.). Op. cit., p. 218.

(٣) انظر في هذا المعنى.

SAVATIER (J.). Le contrôle administratif du règlement intérieur. Dr. soc.. 1987. p. 647.

4 - MABROUK (R.). Op. cit., p. 288.

المطلب الثاني
قرارات التحكيم كأساس للقوة القاهرة بمفهومها التقليدي في عقود التجارة الدولية

١٩- إذا كانت القوة القاهرة فكرة معترفاً بها في كل التشريعات الوطنية، فإنها فكرة معترف بها أيضاً في عقود التجارة الدولية. وتستمد هذه الفكرة أساسها بصفة عامة في هذه العقود من اتفاقات الأطراف وقضاء التحكيم التجاري الدولي. فإذا كانت غالبية الشروط التعاقدية التي تحتويها عقود التجارة الدولية تتبنى مفهوماً موسعاً للقوة القاهرة سواء من حيث شروط تطبيق هذه النظرية، أو من حيث النتائج التي ترتبها على نحو ما سوف نراه في الفصل الثاني من هذا الباب، إلا أن المفهوم التقليدي للقوة القاهرة لازال يحتفظ بوجوده في بعض الشروط التعاقدية. ومن هذه الشروط مثلاً، الشرط الذي ينص على أنه « بالنسبة للتأخير في تنفيذ الالتزامات أو عدم تنفيذها الذي يرجع إلى القوة القاهرة. فإن كل طرف لا يستطيع أن يطالب الطرف الآخر بالفوائد أو بتعويض الخسائر أو بمشاركته في هذه الخسائر »[١]، وكذلك الذي اتفق فيه الأطراف على أنه « لا يكون كل طرف متعاقد مسئولاً عن أية أضرار تحدث بسبب القوة القاهرة »[٢].

وإذا كان الأمر يتعلق بمبدأ متفق عليه يجد تطبيقه دون الحاجة إلى النص عليه، فهذا يجعلنا نتساءل. لماذا يحرص الأطراف على النص عليه في بعض العقود؟

الواقع أن اتفاق الأطراف على ترتيب أثر القوة القاهرة يقدم فائدة لا يمكن إهمالها. فعندما يتفق الأطراف على أن القوة القاهرة تبرئ المدين من تنفيذ التزامه، فهذا يجنبهم الصعوبات التي قد يواجهونها إذا لم يكن القانون المطبق على العقد يعرف فكرة القوة القاهرة التي تبرئ المدين من الالتزام على أساس استحالة التنفيذ. فقد يستخدم هذا القانون مصطلحاً أخراً للتعبير عن هذه الحالة، أو لا يعرفها على الإطلاق. فالقانون الألماني والأمريكي والسويسري يعرفون فكرة استحالة التنفيذ، وهى فكرة تؤدي دوراً

---

(١) شرط مشار إليه في، FONTAINE (M.). Op. cit., p. 225.

(٢) مشار إليه في، Ibid.

شبيهاً بالدور الذي تؤديه فكرة القوة القاهرة في القوانين اللاتينية، إلا أن هناك فروقاً كبيرة تفصل بين الفكرتين [1]. كما أن القانون الإنجليزي Common Law يعرف نظرية الـ Frustration of contract [2] وهى نظرية تبرئ المدين من المسئولية ليس على أساس استحالة التنفيذ التي تواجهه، وإنما على أساس تهدم العقد ذاته. فإذا كانت الأهمية في حالة القوة القاهرة تعطى لواقعة أن أحد المتعاقدين يواجه استحالة مطلقة في تنفيذ التزامه التعاقدي، الأمر الذي يستلزم انتفاء مسئوليته عن عدم التنفيذ، فإن نظرية الـ Frustration تعتمد في تطبيقها على فقد العقد أحد عناصره الجوهرية بحيث يصبح الأطراف أمام عقد جديد يخالف نيتهم المشتركة فيما اتفقوا عليه صراحة عند التعاقد. ولذا فإن انتفاء مسئولية المدين تأتي، وفقاً لهذه النظرية، كنتيجة غير

---

(١) انظر في تفصيل ذلك، لاحقاً، بند ٦٣.

(٢) إذا كان الفقه الفرنسي يستخدم المصطلح كما هو دون ترجمته إلى اللغة الفرنسية، فالفقه العربى يختلف أيضاً في ترجمة هذا المصطلح إلى العربية فالبعض يترجمه «نظرية الفشل في تنفيذ الالتزام» أو «نظرية الخيبة في تنفيذ الالتزام» (د. عبد الوهاب على بن سعد الرومى، الاستحالة وأثرها على الالتزام العقدى، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامى والقانون المدنى، رسالة، جامعة القاهرة، ١٩٩٤، بند ٣٩، ص ٨٧). والبعض يترجمها «نظرية انهيار العقد» (د. سلامة فارس عرب، وسائل معالجة اختلال توازن العلاقات التعاقدية في قانون التجارة الدولية، رسالة، جامعة القاهرة، ١٩٩٨، ص ٣٤١). والبعض يفضل وضع المصطلح دون ترجمته إلى العربية، (د. أحمد الحداد، العقود النموذجية، رسالة، جامعة القاهرة، ١٩٧٥، ص ٢٥٣، هامش ٥).

أما غالبية الفقه فتترجم هذه النظرية بنظرية «استحالة الهدف» انظر على سبيل المثال، (د. جعفر عبد السلام، شرط بقاء الشىء على حالة، نظرية الظروف الطارئة في القانون الدولى، رسالة، مطابع دار الكتاب العربى، ١٩٧٠، ص ٤١١ ؛ د. رشوان حسن رشوان أحمد، أثر الظروف الطارئة على القوة الملزمة للعقد، عرض لفكرة ملاءمة العقد للظروف الاقتصادية، الطبعة الأولى، الدار الهانى للطباعة، ١٩٩٤، بند ١٧٤، ص ٤٨١ : د. محمد يوسف علوان، النظام القانوني لاستغلال النفط في القطار العربية، دراسة في العقود الاقتصادية الدولية، مطبوعات جامعة الكويت، بدون تاريخ، ص ٣٥١).

ومن جانبنا فنحن سوف نشير إلى هذه النظرية بالمصطلح المعروفة به في النظام الانجلوسكسونى دون ترجمته إلى العربية. وقد فضلنا اتباع هذا النهج لأن من الصعوبة بمكان أن نجد مصطلحاً عربياً يعكس المضمون الحقيقى للنظرية، فهى كما سوف نرى من حيث الحالات التي تنطبق عليها تشمل الحالات التي يمكن أن تنطبق عليها أحكام القوة القاهرة و كذلك الحالات التي يمكن أن تنطبق عليها أحكام الظروف الطارئة، بمعنى أنها تشمل الحالات التي يؤدى فيها الحدث إلى استحالة مطلقة في التنفيذ والحالات التي لا تتوافر فيها هذه الاستحالة. أما من ناحية النتائج المترتبة على تطبيق النظرية فهى تؤدى إلى نفس النتائج التي ترتبها القوة القاهرة حيث تؤدى إلى فسخ العقد وانهيار العلاقة التعاقدية بين الأطراف وإن كان الأساس الذي يقوم عليها إنهاء العقد في حالة هذه النظرية يختلف عن أساس فسخ العقد في حالة القوة القاهرة. انظر في تفصيل هذه المسألة، لاحقا، بند ٣٨.

مباشرة [1].

ويطبق قضاء التحكيم بدوره نظرية القوة القاهرة بمفهومها التقليدي. وإذا كانت هناك تسميات مختلفة تطلق على القوة القاهرة، فإن هذه التسميات لا تقدح في ثبات مفهوم الفكرة حيث يظل لها مفهوم موحد ومضمون ثابت.

وسوف نعالج في هذا المطلب هاتين المسألتين على التوالي.

٢٠- أولاً : تبني قرارات التحكيم المفهوم التقليدي للقوة القاهرة :

الاتجاه السائد في قضاء التحكيم يطبق فكرة القوة القاهرة على أنها حدث تتوافر فيه شروط عدم التوقع، واستحالة الدفع، والاستقلال عن إرادة المدين، ويجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً بشكل مطلق. ويرتب قضاء التحكيم نتيجة محددة نتيجة وقوع هذا الحدث وهى فسخ العقد وعدم مساءلة المدين عن نتائج عدم التنفيذ. وبمعنى، آخر فإن قضاء التحكيم يطبق المفهوم التقليدي للقوة القاهرة، مادام أن الأطراف لم يتفقوا على تطبيق مفهوم آخر أكثر مرونة.

هذا النهج من جانب قضاء التحكيم نلاحظه دائماً سواء في الحالات التي يتصدى فيها المحكم من تلقاء نفسه لتحديد مفهوم القوة القاهرة، أو في الحالات التي يطبق فيها المبادئ العامة للقانون لتحديد هذه المفهوم، أو أخيراً في الحالات التي يستند فيها المحكم إلى أحكام قانون وطني معين لتحديد هذا المفهوم.

ومن الحالات التي تصدى فيها المحكم من تلقاء نفسه لتحديد المقصود بالقوة القاهرة، القرار الصادر في القضية رقم ٢١٤٢ لسنة ١٩٧٤. فقد أكدت هيئة التحكيم في هذا القرار أن « التهديدات التي تحتج بها الشركة المدعي عليها لانتفاء مسئوليتها عن عدم تسلمها المنتجات البترولية لا تتوافر فيها شروط القوة القاهرة، وذلك لغياب شرطي عدم التوقع واستحالة الدفع، هذا بالإضافة إلى أن المشروع الوطني قد أثبت بالأدلة الكافية أنه في نفس الفترة التي لم تتسلم فيها الشركة المدعى عليها المنتجات، خشية التهديدات التي مارستها بعض الشركات التي كان لها امتياز على هذه المنتجات،

---

(١) انظر في ذلك،

LESGILLONS (H.), Op. cit., Lamy, article., 390.

استطاع مشترون آخرون تسلم هذه المنتجات بشكل منتظم » [١].

ولا يختلف الأمر في الحالات التي طبقت فيها هيئة التحكيم المبادئ العامة للقانون على موضوع النزاع. ونجد تطبيقاً واضحاً لهذه الحالات في قرار التحكيم الصادر في القضية رقم ٢٤٧٨ لسنة ١٩٧٤. ففي هذه القضية دفعت الشركة الرومانية مسئوليتها عن عدم تسليمها كميات الكربون المتفق عليها للشركة الفرنسية بوجود حالة قوة قاهرة تتمثل في القرار الصادر من حكومتها بمنع تصدير البترول من رومانيا. فحصت هيئة التحكيم مدى توافر شروط القوة القاهرة في القرار الصادر من الحكومة الرومانية. وقد استندت هيئة التحكيم أثناء قيامها بهذا العمل إلى المبادئ العامة للقانون ونصوص العقد، وانتهت الهيئة إلى أن « إلغاء رخصة التصدير من الحكومة الرومانية يشكل بشكل مسلم به حالة قوة قاهرة على أساس المبادئ العامة للقانون والمادة التاسعة من العقد » [٢]. والقوة القاهرة وفقاً للمبادئ العامة للقانون كما يوضحها القرار هى التي يتوافر فيها شروط عدم التوقع واستحالة الدفع وتؤدي إلى استحالة مطلقة في التنفيذ، ويبرأ المدين من كل مسئولية.

ولم يختلف الأمر في الحالات التي طبق فيها المحكمون نصوص قانون وطني معين لتحديد مفهوم القوة القاهرة. ففي هذه الحالات يطبق المحكم دائماً المفهوم التقليدي للقوة القاهرة. وهذا تطبيق لما أشرنا إليه سابقاً من أن فكرة القوة القاهرة بمفهومها التقليدي فكرة مستقرة ومعترف بها في كافة التشريعات الوطنية [٣].

٢١- ثانياً : ثبات مفهوم القوة القاهرة رغم اختلاف مسمياتها :

يطلق على القوة القاهرة أو بصفة عامة على الحالات التي لا تقوم فيها مسئولية

---

(١) قرار تحكيم غرفة التجارة الدولية، القضية رقم ٢١٤٢ لسنة ١٩٧٤، وارد في المجموعة الأولى من القرارات الصادرة عن هذه الغرفة ١٩٧٤ - ١٩٨٥، ص ١٩٤. وانظر أيضاً القرار الصادر في القضية رقم ٢٢١٦ لسنة ١٩٧٤، والقرار الصادر في القضية رقم ٢١٣٩ لسنة ١٩٧٤، والحكمان واردان في المجموعة من القرارات المشار إليها سابقاً، ص ٢٢٤و ٢٣٧، ملحوظة الأستاذ « ديران » DERAINS (Y.).

(٢) قرار تحكيم غرفة التجارة الدولية، القضية رقم ٢٤٧٨ و لسنة ١٩٧٤. وارد في المجموعة الأولى من القرارات، ص ٢٣٣، ملحوظة الأستاذ « ديران » DERAINS (Y.).

(٣) انظر في أمثلة لقرارات تبنى فيها المحكم قانوناً وطنياً معيناً لتحديد مفهوم القوة القاهرة وتبني المفهوم التقليدي لها، القرار الصادر في القضية رقم ٣٠٩٣/٣١٠٠ لسنة ١٩٧٩، والقرار رقم ٣١٢٠ لسنة ١٩٨٠، والقراران واردان في المجموعة الأولى من الأحكام الصادرة عن غرفة التجارة الدولية، الصفحات رقم ٣٦٧ و٤١٧.

المدين عن عدم التنفيذ مسميات متعددة. وقد يرد إلى الذهن للوهلة الأولى أن عدم الاتفاق على مسمى واحد يؤدي إلى عدم وجود فكرة موحدة ذات مضمون ثابت.

وسوف نبين على التوالي التسميات المختلفة للقوة القاهرة، ومدى تأثر مفهوم القوة القاهرة بهذه التسميات.

٢٢- التسميات المختلفة للحالات التي لا تقوم فيها مسئولية المدين:

على الرغم من معرفة القوانين الوطنية لفكرة القوة القاهرة كسبب لانتفاء مسئولية المدين، إلا أن مصطلح القوة القاهرة « Force majeure " نفسه غير معروف في بعض هذه النظم القانونية الوطنية، هذا بالإضافة إلى أن بعض اتفاقيات التجارة الدولية قد استخدمت مصطلحاً أخر.

ففيما يتعلق بالأنظمة القانونية الوطنية، نجد أن بعضاً منها يستخدم مصطلح القوة القاهرة " Force majeure ". ومن هذه القوانين، القانون المدني الفرنسي (مادة ١١٤٨)[١]. ويساوي هذا القانون بين القوة القاهرة والحادث المفاجئ وذلك بعد ترك الفقه والقضاء التفرقة بين الفكرتين وأصبحت « القوة القاهرة والحادث المفاجئ يشكلان فكرة واحدة تتضمن نظاماً قانونياً واحداً »[٢].

ويتبنى القانون الأسباني أيضاً مصطلح القوة القاهرة ، فتنص المادة ١١٠٥ مدني منه على أن « القوة القاهرة هي حدث لا يرجع لإرادة المدين، ويجعل من المستحيل عليه تكملة التزاماته العقدية »[٣]. ويظهر هذا المصطلح أيضاً في المادة ٢/٧١ من أسس التشريع المدني الروسي الصادرة في مايو ١٩٩١ حيث تتطلب في حادث القوة القاهرة شرطي استحالة الدفع وعدم التوقع[٤]. وكذلك تأخذ به الشروط العامة للتسليم

---

(١) انظر،
KAHN (Ph.), Lex mercatoria et pratique des contrats internationaux., op. cit., p. 200.

(٢) انظر،
LESGUILLONS (H.), op. cit., Lamy, art., 387.

(٣) انظر،
VAN OMMESLANGHE (P.), Les clauses de force majeure et l'imprévision (Hardship) dans les contrats internationaux, RDI. comp., 1980, p. 38.

(٤) انظر،
LESGUILLONS (H.), Op. cit., Lamy, article, 391.

الصادرة في ١٩٦٨ والتي تنطبق على الدول الأعضاء في مجلس المساعدة المتبادلة C.A.E.M C.G.L [١] فتنص المادة ٢/٦٨ من هذه الشروط على أن « تعتبر قوة قاهرة، الأحداث الاستثنائية، غير المتوقعة، التي تقع بعد تاريخ إبرام العقد ولا يمكن دفعها » [٢].

ونقابل هذا المصطلح أيضاً في أحكام قانوننا المدني، سواء النصوص التي تعالج المسئولية التعاقدية أو التي تعالج المسئولية التقصيرية. ففي مجال المسئولية التعاقدية، على سبيل المثال، تنص المادة ١/٢١٧ على أنه « يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ والقوة القاهرة » [٣]. وفي مجال المسئولية التقصيرية تنص المادة ١٦٥ على أن « إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبى لا يد له فيه كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو خطا المضرور أو خطأ الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر،

---

(١)هذه الشروط صدرت عن المنظمة الإقليمية التي تسمى COMECON أو مجلس المساعدات الاقتصادية المتبادلة. وهذه المنظمة كانت منظمة إقليمية حكومية، أنشئت في موسكو في يناير ١٩٤٩ من قبل عدة دول اشتراكية هى (بلغاريا – المجر – بولندا – رومانيا – تشيكوسلوفاكيا – الاتحاد السوفيتى). وتمثل الهدف من إنشاء هذه المنظمة في تطوير اقتصاديات الدول الأعضاء وتنظيم التعاون والتبادل التجارى بينها. وكان من مظاهر هذا التعاون أن أصدرت هذه المنظمة العديد من الشروط التي تحكم الصفقات التجارية التي تبرمها هذه الدول فيما بينهما. راجع تاريخ نشأة هذه المنظمة والأعمال الصادرة منها. (د. الشافعى محمد بشير، المنظمات الدولية، الجزء الثاني، المنظمات الدولية الإقليمية، مكتبة الجلاء الجديدة المنصورة، ١٩٩٨، ص ١٣٨ ؛ د. أحمد جامع، العلاقات الاقتصادية الدولية الاشتراكية، القاهرة، ١٩٧٣، ص ١٦٣.

وتبدأ هذه الشروط بشروط صدرت عام ١٩٥٨ ثم توالت بعد ذلك، وكان آخرها هى الشروط الصادرة عام ١٩٧٩ وهى تعديل للشروط التي صدرت عام ١٩٧٥.(انظر في تعريف هذه الشروط وأنواعها المختلفة، د. ثروت حبيب، دراسة في قانون التجارة الدولية مع الاهتمام بالبيوع الدولية، اتفاقية فيينا لبيوع ١٩٨٠، المرجع السابق، بند ٣٩ وما يليه، ص ٨٤ وما يليها. وقد انتهت منظمة الـ COMECON على أثر انهيار الاتحاد السوفيتى في ١٩ أغسطس ١٩٩١ وانهيار الأنظمة الشيوعية في دول أوربا الشرقية. راجع في ذلك،

CHAUVIER (J. – M.). La fin du pouvoir communiste en URSS. article in. Le monde diplomatique. Septembre 1991. n° 450. 38 année. p. 1.

(٢) وعلى الرغم من انقضاء هذه المنظمة وبالتالى وقف تطبيق هذه الشروط التي أعدتها، فإننا نشير إلى هذه الشروط على سبيل الاسترشاد بما كان يجرى عليه العمل فيها وبصفة خاصة فيما يتعلق بموضوع بحثنا وهو القوة القاهرة والظروف الطارئة.

[١] انظر في ذلك،

DERMAN. Force majeure and the demial of anexport licence. under sowviet law ralelz. 1959. p. 249.

(٣) وانظر أيضاً في مجال المسئولية التعاقدية، مادة ٢١٥، ٦٧٣ مدنى.

ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك » [١].

وإذا كان مصطلح القوة القاهرة يظهر في العديد من النظم القانونية الوطنية، فإن البعض من هذه النظم يستخدم مصطلحاً آخر. فالقانون الألماني على سبيل المثال يعرف مصطلح « استحالة التنفيذ impossiblité d'exécution " وهي تقابل في الألمانية "Leistungsstorung" [٢]. وتبرئ هذه النظرية المدين من تنفيذ التزاماته إذا أصبح تنفيذ هذه الالتزامات مستحيلاً بسبب خارج عن إرادته إعمالاً للمادة ٢٧٥ من قانون الالتزامات المدنية B.G.B [٣].

أما شريعة Common Law فإنها تطبق نظرية "Frustration of contract" على الحالات التي تنطبق عليها القوة القاهرة ، أى أنها تغطى هذا المجال ولذا لا يظهر مصطلح القوة القاهرة إلا بشكل اتفاقى [٤].

وعلى مستوى الشروط العامة واتفاقيات التجارة الدولية. فإن مصطلح القوة القاهرة ليس محل إجماع من هذه الاتفاقيات، حيث يستخدم بعض منها مصطلحاً آخر. فاتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع (فيينا ١٩٨٠) تستخدم في المبحث الرابع من الفصل الخامس من الجزء الثالث منها مصطلح " إعفاء Exonération" دون تحديد وصف معين لهذا الإعفاء [٥]. وتأخذ بنفس المصطلح نصوص القانون الموحد للبيع الدولي

---

(١) وانظر أيضاً في مجال المسئولية التقصيرية، المادة ١٧٦ مدنى.

(٢) انظر،

LESGUILLONS (H.). op. cit.. article. 391.

وانظر في تفصيل فكرة الاستحالة في القانون الألماني،

PEDAMON (M.). Le contrat en droit allemand. L.G.D.J. 1993. p. 142 et s.

(٣) انظر في هذا المعنى.

SPARWASSER (R.). Rapports nationaux. Allemagne. in " Les modifications du contrat au cours de son exécution en raison de circonstances nouvelles ". Harmonisation du droit des affaires dans les pays du marché commun. sous la direction de René RODIERE et avec les réflextion comparatives de Denis TALLON. éd. A. PEDONE. paris. 1984. p. 124.

(٤) انظر،

LESGUILLONS (H.). op. cit.. art. 394 et 395.

(٥) انظر عنوان المادة ٧٩ من هذه الاتفاقية.

للبضائع لسنة ١٩٦٤ [١]. أما شروط FIDIC المتعلقة بعقد الإنشاء فهي تأخذ بمصطلح "استحالة التنفيذ Impossibilité d'exécution" [٢]. ونفس المصطلح نجده أيضاً في نصوص المرشد لتحرير العقود الدولية الخاصة بالاستشارة الهندسية "Ingénierie - Conseil" [٣].

ولا يعنى ذلك أن مصطلح القوة القاهرة مهجور تماماً من الأعمال الدولية. فمازالت تستخدمه المادة ١/٧٧ من الشروط العامة للبيع CEE / ONU [٤]، واستخدمته غرفة التجارة الدولية في الشرط النموذجي الذي أعدته للقوة القاهرة عام١٩٨٥ [٥]، وتأخذ به

---

(١) انظر المبحث الثاني من الفصل الخامس من هذا القانون.

(٢) أما شروط FIDIC E & M فهي تستخدم مصطلح القوة القاهرة " Force majeure "، انظر في تفصيل هذه الشروط،

GLAVINIS (P.). Le contrat international de construction. th.. éd. Joly. 1993. p. 159.

(٣) انظر في هذا المعنى،

LESGUILLONS (H.). op. cit.. article. 340.

(٤) بيان ماهية هذه الشروط، يقتضى أن نعطى نبذة بسيطة عن اللجنة التي أصدرتها وهى اللجنة الاقتصادية الأوربية التابعة لمنظمة للأمم المتحدة. هذه اللجنة هى إحدى أربع لجان اقتصادية تابعة للمجلس الاقتصادى والاجتماعى التابع لمنظمة الأمم المتحدة، واللجان الثلاث الأخرى هى (اللجنة الاقتصادية لأسيا - اللجنة الاقتصادية لأمريكا اللاتينية - اللجنة الاقتصادية لأفريقيا). وقد تم إنشاء هذه الجنة في ٢٨ مارس ١٩٤٧.
(انظر في تاريخ نشأة هذه اللجنة والأعمال التي قامت بها، د. ثروت حبيب، دراسة في قانون التجارة الدولية مع الاهتمام بالبيوع الدولية، اتفاقية فيينا لبيوع ١٩٨٠، المرجع السابق، بند ٢٠، ص ٣٧ وما يليها؛ د. أحمد الحداد، العقود النموذجية، رسالة، القاهرة، ١٩٧٥، ص ٤٧، هامش ١).
ومن الأعمال التي قامت بها هذه اللجنة ما أصدرته من عقود نموذجية وشروط عامة لتسهيل التبادل التجارى في دول أوربا الغربية. ومن ضمن هذه الشروط، الشروط التي نشير إليها في الرسالة وهى الشروط الصادرة عام ١٩٧٩ والتي تسمى CEE ONU وهى تنطبق على تجارة الفاكهة والخضروات بما فيها الحمضيات، انظر في نصوص هذه الشروط،

Conditions générales de vente CEE ONU pour les fruits et légumes y compris des agrumes. Nation Unies. New York. 1979. Lamy S. A.. 1986. Division 4. Annexe 050/1-1 et s.

(٥) ومما يلفت الانتباه أن غرفة التجارة الدولية قد وضعت مصطلح "إعفاء Exonération " بين قوسين أسفل مصطلح " شرط القوة القاهرة clause de force majeure " وهو مسبوق بحرف الجر "de"، الأمر الذي يعنى أن الغرفة استخدمت المصطلحين كمترادفين، فإما أن نقول " شرط القوة القاهرة "clause de force majeure " أو نقول " شرط الإعفاء clause d'exonération ".

مبادئ Unidroit الصادرة في ١٩٩٤ في المادة ٧-١-٧ منها [(١)].

٢٣- عدم تأثر مفهوم القوة القاهرة بتنوع المصطلحات المستخدمة للتعبير عنها :

عدم استخدام مصطلح واحد للتعبير عن نظرية القوة القاهرة فتح الباب للتشكيك في الاعتراف بوحدة فكرة القوة القاهرة في كل الأنظمة القانونية. فالبعض يرى أن هذه الفكرة غير معروفة في كل القوانين الوطنية وستكون هناك خطورة كبيرة في مجرد الإشارة البسيطة من الأطراف إلى مصطلح القوة القاهرة خاصة إذا لم يكن يعرفها القانون المطبق على العقد. هذا من ناحية [(٢)]. ومن ناحية أخرى، فإنه حتى ولو كان هذا القانون يعرفها فهي تختلف في مفهومها من نظام قانوني لآخر [(٣)]. ولذا ينادي البعض بإحلال أي مصطلح آخر محل مصطلح القوة القاهرة؛ لأنه لا يجيب على كل المتطلبات الوطنية، ويمكن استخدام مصطلح يتفادى الاختلافات الظاهرة بين النظم القانونية المختلفة [(٤)]. ويتبنى هؤلاء الفقهاء هذه الوجهة من النظر حتى مع تسليمهم بأنه من الصعب، بل من الخطأ محاولة وضع تعبير واحد يخدم نظماً مختلفة ويعبر عنها؛ لأن من هذه النظم ما يكون معروفاً لدى بعض المشرعين ومنها ما يكون مجهولاً بالنسبة لهم [(٥)].

والواقع أن انتقادات الفقه لعمومية أثر القوة القاهرة توجه بالدرجة الأولى إلى المصطلح ذاته وليس إلى مضمون الفكرة ووحدتها. وترتكز هذه الانتقادات بصفة خاصة

---

(١) راجع المادة ٧ - ١ - ٧ من هذه المبادئ.

(٢) انظر في هذا المعنى،

.FONTAINE (M.). Op. cit.. p. 246

(٣) راجع. Ibid.

(٤) يقترح الأستاذ « باديس » M. PADIS في هذا الصدد مصطلح " أسباب الإعفاء من الالتزام بالتنفيذ "، انظر

PADIS (P.). La vente commerciale internationale par contrats types et incoterms. Gaz. Pal. 4 septembre 1970. Doct.. p. 96.

(5) GOFFIN (R.). Les coditions générales de la C.E.E / O.N.U. Dr. prat. com. int.. 1975. p. 217.

الذي يقترح أيضاً مصطلح "أسباب الإعفاء من الالتزام بالتنفيذ" cause d'exénoration de l'obligation d'exéuter "

على عدم معرفة بعض النظم القانونية لنظرية القوة القاهرة. ولكن المتأمل إلى هذه النظم يجدها ترتب بشكل أو بآخر نفس الآثار التي ترتبها القوة القاهرة والتي تتمثل في انتفاء مسئولية المدين على أساس استحالة التنفيذ وأن الاختلاف بينها لا يتعدى مجرد المصطلح المستخدم لهذا الغرض. فالقوة القاهرة تعتبر إحدى حالات استحالة التنفيذ التي يطبقها القانون الألماني بشكل موسع [١]. ووجود مثل هذا التوسع في الاستحالة لم يقلل الدور الذي تلعبه القوة القاهرة في عدم مسئولية المدين [٢]. ونفس النتيجة تحققها نظرية Frustration في القانون الإنجليزي. فمن ضمن الفروض الرئيسية التي تواجهها النظرية حالة الاستحالة التي تتسبب في جعل أحد الأطراف غير قادر على الوفاء بالالتزامات المنصوص عليها في العقد وتنشأ من أي عارض غير متوقع أو قهري؛ أي لا يرجع لإرادة الأطراف، ويؤدي تطبيق النظرية إلى فسخ العقد بشكل تلقائي [٣]. وهذه هي أحكام القوة القاهرة بمفهومها التقليدي [٤].

نخلص من ذلك إلى أنه إذا كان من الصحيح أن مصطلح القوة القاهرة مجهول من بعض النظم القانونية، وعدلت عنه بعض الاتفاقيات الدولية، فإن هذا كله لا يقدح في وحدة مضمون الفكرة ووحدة النتيجة المترتبة عليها.

---

(١) انظر في ذلك،

.VAN OMMESLAGE (P.). Op. cit.. p. 22

(٢) انظر في ذلك،

.LE ROY (D.). Op. cit.. p. 65 et 66

(٣) انظر في هذا المعنى،

KHALILIAN (S. K.). Controversial theory of Frustration before Iran - United States clains tribunal. J. of int. arb.. vol. 7. septembre 1990. p. 6.; SHERKAWI (G.). Les clauses pénéles et les limitatives de responsabilité. in " les systèmes contractuels de droit civil et les exigences du commerce international " . colloque international. organisé par L'institut de droit des affaires internationalles. Le Caire. 2et .3 janvier 1993. p. 8

(٤) ومع ذلك يبقى الفارق بين النظريتين في الأساس الذي تقوم عليه كل منهما. انظر لاحقاً بند ٣٨.

المبحث الثاني
اتفاق الأطراف كأساس لشرط «إعادة التفاوض»

٢٤- يتحدد مفهوم شرط « إعادة التفاوض » Hardship بالنطاق وبالآثار التي اتفق عليها الأطراف في العقد. ولذا يتصف الشرط بطابع اتفاقي يجعله يتغير من عقد لآخر.

والوصف التعاقدي والتلاؤم مع التغيرات المختلفة للظروف منحا الشرط أهمية كبيرة جعلته يتفادى التردد في الأخذ بنظرية الظروف الطارئة من جانب بعض النظم القانونية الوطنية وقضاء التحكيم.

وسوف ندرس في هذا المبحث الوصف التعاقدي لشرط "إعادة التفاوض" Hardship وذلك في مطلب أول، ونبين في المطلب الثاني فضل هذا الوصف التعاقدي في تفادي تردد القوانين الوطنية في الأخذ بنظرية الظروف الطارئة.

المطلب الأول
إرادة الأطراف ومفهوم شرط « إعادة التفاوض »

٢٥- يشتمل هذا المطلب على مسألتين، تتعلق الأولى بالمقصود بالوصف الاتفاقي لشرط إعادة التفاوض، وتخص الثانية نتائج تطبيق هذا الوصف.

٢٦- أولاً : المقصود بالوصف التعاقدي لشرط «إعادة التفاوض» : Hardship

إن المعالجة التشريعية والقضائية لفكرة تغير الظروف تأتي في الأهمية بعد تدخل أطراف العقد. وتتجلى هذه الأهمية إذا تعلق الأمر بمعاملة دولية،حيث تظهر مصلحة الأطراف واضحة في حماية أنفسهم ضد آثار تقلبات الظروف المحيطة بتنفيذ عقدهم، أياً كانت طبيعتها. وقد خلق الفن التعاقدي أكثر من شرط لمواجهة هذه التغيرات [١]. ويعتبر شرط « إعادة التفاوض » أبرز هذه الشروط وأكثرها جذباً لاهتمام فقه التجارة الدولية [٢].

ويمكن تعريف شرط « إعادة التفاوض » Hardship بأنه شرط يُدرجه الأطراف في العقد ويتفقون فيه على إعادة التفاوض فيما بينهم عندما تقع أحداث من طبيعة معينة، يحددها الأطراف في العقد، سواء في نفس الشرط الوارد بالعقد أو في اتفاق منفصل، وتكون هذه الأحداث مستقلة عن إرادتهم و توقعاتهم عند إبرام العقد، ويكون من طبيعتها الإخلال بتوازن العقد وإصابة أحد المتعاقدين بضرر فادح [٣]. والهدف الذي

---

(١) من هذه الشروط ، شروط تعديل العقد ومثالها « شرط تغير القيمة وفقاً لمؤشر معين أو أكثر La clause d'indéxation " وشرط " بقاء القيمة رغم تغير الظروف المالية أو أية ظروف اقتصادية La clause d'échelle mobile " . ومن بينها أيضاً شروط المراجعة الجزئية، ومثالها " شرط مراجعة الثمن "، هذا بالإضافة إلى شرط المراجعة العامة والتي يعتبر شرط " إعادة التفاوض" Hardship خير مثال عليها. انظر في تفصيل ذلك، لاحقاً بند ٥٠.

(٢) انظر في هذا المعنى،

TERKI (N. - E.). La clause d'entrée en vigueur dans le contrat international de longue durée en droit algérien. Dr. prat. com. int.. 1983. p. 221.

(٣) انظر في هذا التعريف وقريباً منه،

OBETD (G.). Le calcul du prix dans les contrats internationaux. th.. Montepellier 1. 1990. p. 254; GOLDMAN (B.). La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage=

يسعى الشرط إلى تحقيقه هو تعديل أحكام العقد بطريق إعادة التفاوض بين الأطراف حتى يتمشى مع الظروف الجديدة وإزالة عدم العدالة بين الالتزامات التي تسببت فيها هذه الظروف [1].

وعلي خلاف المفهوم القانوني المستمد من القوانين المختلفة الذي يتصف به المفهوم التقليدي للقوة القاهرة، فإن شرط « إعادة التفاوض » Hardship، كما تصوره الشروط التعاقدية، يتصف بأنه شرط تعاقدي خاص.

فهو أولاً شرط تعاقدي أو اتفاقي لأن مضمونه يتوقف على ما اتفق عليه الأطراف في عقدهم. ولذا نلاحظ أن شروط « إعادة التفاوض » Hardship التي ترد في العقود تأتي بشكل مفصل [2]، يوضح فيه الأطراف مفهومهم للشرط، والأحداث التي يواجهها وأثرها على العقد، والحلول التي سيتبعها الأطراف في حالة وقوع هذه الأحداث [3].

وإذا كان المفهوم الاتفاقي للقوة القاهرة لا يظهر فقط إلا في القانون الإنجليزي common law، فإن المفهوم الاتفاقي لشرط " إعادة التفاوض " Hardship يجعله مقبولاً من كل الأنظمة القانونية. وتأكيداً على الأهمية الكبيرة التي تحتلها إرادة الأطراف في صياغة أحكام الشرط يرى بعض الفقه أن شرط " إعادة التفاوض " Hardship ليس له مفهوم مستمد من قانون معين » ويعتمد في تطبيقه على ما اتفق عليه

=internationaux: réalité et perspectives. JDI. 1979. p. 488; ABDUL MUNIM H. (A.). La protection de l'acheteur dans la vente de marchandises en droit du commerce international. th., Rennes 1. 1991. p. 357.

(١) في هذا المعنى،
FONTAINE (M.). Op. cit., p. 229 ; OPPETIT (B.). L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances., op. cit., p. 797 ; FOUCHARD (Ph.). L'adaptation des contrats à la conjoncture économique. Rev. arb., 1979. p. 71.

(٢) انظر،
PAULSSON (J.). L'adaptation du contrat. in " L'arbitre et le contrat ". journée d'étude. organisée à Paris. le 12 janvier 1984 par la comité française de l'arbitrage. Rev. arb., 1984. p. 249.

(٣) انظر،
BARBIERI (J. - J.). Op. cit., p. 465.

الأطراف[١]. ومختلف التعريفات التي قيلت من فقهاء التجارة الدولية للشرط تركز على هذه النقطة[٢]. ويشير إلى ذلك الأستاذ « يوتفاك » M. UYTVACK بقوله " يشير شرط « إعادة التفاوض » Hardship إلى حسن النية والمناقشة والعدالة، وتطبيقه ليس بالأمر السهل ، ولكن يمكن أن يكون كذلك عندما يعطي له الأطراف أهمية وينظمونه بشكل جيد في عقدهم »[٣].

والمفهوم الاتفاقي للشرط يفرض على الأطراف، لتأمين التطبيق الجيد له، أن يحددوا بدقة مقصدهم من مختلف عناصر الشرط التي يشيرون إليها في العقد. ومن مختلف الشروط التي درستها مجموعة العمل برئاسة الأستاذ « فونتان » FONTAINE والتي درست " التعديل الاتفاقي للعقود طويلة المدة "[٤]، والتي ذكرها الأستاذ « فيليب » PHILIPPE في نهاية مقالته[٥]، يمكن أن نستنتج العناصر الأساسية التالية التي يجب أن يتفق عليها الأطراف:

(١) - فيجب أن يحدد الأطراف الأحداث التي تستوجب تطبيق الشرط، أي الأسباب التي تؤدي إلى الإخلال بتوازن العقد. وقد تكون هذه الأحداث وطنية أو دولية، اقتصادية،

---

(1)ULLMANN (H.), Droit et pratique des clauses de Hardship dans le système juridique American, RD. aff. int., 1988, p. 891 ; MARTAY (L.), Observation . in " Les problèmes du long term ", op. cit., p. 157.

حيث يرى أن شرط إعادة التفاوض " Hardship فكرة " اتفاقية خالصة » Purement contractuelle.

(٢) انظر في هذا المعنى،

LE FICHANT (F.). L'obligation de négociation en droit privé. th.. Rennes 1.1991. p.126.

(٣) انظر،

UYTVANCK (J. - V.), Le point de vue d'enterprises belges à l'égard de contrat international: synthèse d'un débat, in " Le contrat économique international.. ", op. cit., p. 480.

وانظر في نفس المعنى.

POULSSSON (J.), Op. cit., p. 249.

(٤) انظر في أعمال هذه المجموعة،

Dr. prat. com. int., 1976, n° 1, pp. 7 - 49.

(٥) انظر،

PHILIPPE (D.), Op. cit., p. 245 - 257.

سياسية أو مالية [1]. وتكون هذه الأحداث بصفة عامة خارجة عن إرادة الأطراف وغير متوقعة منهم وقت إبرام العقد [2].

(٢) - ويجب أن يحدد الأطراف أيضا، المقصود باختلال التوازن العقدي الذي يحدثه التغير [3]. وتعكس غالبية الشروط التعاقدية حرص الأطراف على تطلب وقوع ضرر كبير واختلال خطير في اقتصاد العقد كشرط ضروري لتطبيق الشرط وإن لم تتطلب ذلك كل الشروط [4].

(٣) - ويجب أن يتفق الأطراف على مصير العقد أثناء مدة التفاوض، هل سيستمر في التنفيذ أم يتم وقفه لحين التعرف على نتيجة التفاوض، ويجب أن يشمل الاتفاق أيضاً مصير العقد في حالة فشل التفاوض، والحل الذي يجب اتباعه إذا جادل الأطراف في تحقق الشرط أو أظهر سوء نيته أثناء المفاوضات.

وبصفة إجمالية فإن الأمر يتعلق بتنظيم اتفاقي مُسبق من الأطراف لكل عناصر الشرط، وهذا ما يبرز هيمنة الصفة التعاقدية للشرط [5].

ويتميز الشرط، ثانياً، وعلى خلاف مفهوم القوة القاهرة، باختلاف صوره باختلاف العقود والظروف. بمعني أن مضمونه ليس واحداً في كل العقود، بل يتنوع وفقاً لاتفاق الأطراف ورغباتهم في كل عقد. ولهذا تتغير صورة الشرط من عقد لآخر،

---

(١) انظر في هذا المعنى،

LE FICHANT (F.), Op. cit., p. 131.

(٢) انظر في عكس هذا الأستاذ « أوبتيه » OPPETIT الذي يرى أن شرط استقلال الحدث يكفي وحده لوصف الحدث بال Hardship دون ضرورة الإشارة إلى شرط عدم التوقع. انظر ،

OPPETIT (B.).Contrats économiques internationaux. Les Hardship clauses. Dr. prat. com. int.. 1975. p. 501.

ولكن غالبية فقه التجارة الدولية ترى أن شرط عدم التوقع هو شرط جوهري في الحادث المكون " لشرط إعادة التفاوض " بالإضافة لشرط استقلال الحدث. انظر على سبيل المثال ،

LE FICHANT (F.). Op. cit.. p. 131.

(٣) اختلال توازن العقد بسبب حادث Hardship سيكون محل دراسة منا في المطلب الثاني من المبحث الثاني من هذا الفصل.

(٤) انظر في تفصيل هذه النقطة لاحقاً بند ٨٧ وما يليه.

(٥) في هذا المعنى،

LE FICHANT (F.), Op. cit., p. 131.

ففي عقد قد يواجه الشرط الظروف الاقتصادية بينما يواجه في عقد آخر ظروفاً غير اقتصادية، كما لو كانت سياسية أو مالية أو قانونية (٦). وقد يتفق الأطراف على انطباق نظام الشرط لمجرد حدوث ضرر لأحدهم، بينما يتفقون في عقد آخر على وقوع درجة معينة من الضرر أو ضرر غير عادل. وقد يتفقون على المناقشة البسيطة بينهم في ضوء التفاهم وحسن النية، بينما قد يتفقون في عقد آخر على أن تكون هذه المناقشة مُعدة بمعرفة متخصصين أو بطريق التحكيم (٧). ويمكن أن يتفقوا على أن يعفي كل منهم من التزامه وينقضي العقد بالنسبة للطرفين في حالة عدم التوصل إلى اتفاق ، أو على العكس يمكن أن يحيلوا الأمر في هذه الحالة إلى قضاء التحكيم ليتخذ ما يراه مناسباً وقد يبقي المحكم على العقد قائماً (٨).

الأمر إذن يتوقف على محتوى النص التعاقدي، ولذا يتغير الشرط، ويختلف شكله ومضمونه ونظام إعماله من عقد لآخر.

وتنوع صورة الشرط من عقد لآخر أثرت بشكل كبير في طريقة تحريره، وانتقلت طرق التعبير عنه من الصياغات العامة إلى الصياغات الأكثر تحديداً والأكثر دقة في وصفه. ففي البداية استخدم الأطراف صياغات عامة للتعبير عن الشرط، ومثال لذلك الشرط الذي ينص علي أن « تقتضي روح الاتفاق أن يظلُّ التوازن الحالي لأداءات المتعاقدين. لذا من المناسب، نتيجة لذلك، أنه في حالة وقوع أحداث هامة تخل بشكل كبير بهذا التوازن، أن يتفاوضوا » (٩). والتعبير عن الشرط بشكل عام هو الذي جعل الأستاذ « أوبتيه » OPPETIT يرى أن "شرط Hardship يُصاغ في الواقع بمصطلحات عامة جداً » (١٠). و اتبع الأطراف بعد ذلك طريقة تحديد الأحداث

---

(٦) انظر،

ULMANN (H.), Op. cit., 891 ; JACQUET (J. - M.), Le contrat international, Dalloz, 1992.

(٧) انظر في نفس المعنى،

UYTVANCK (J. - V.), Op. cit., p. 408.

(٨) انظر،

MOUSSERON (J. - M.), Technique contractuelle, éd. Juridique Le Febvre, 1988, p. 549.

(٩) شرط مشار إليه في،

MOUSSERON (J. - M.), op. cit., p. 542.

(١٠) انظر.

OPPETIT (B.), L'adaptation des contrats internationaux., op. cit., p. 800.

التي يواجهها الشرط بإدراج أمثلة لها و في بعض العقود نلاحظ الجمع بين الطريقتين [1]. ومن أمثلة هذه الشروط ذلك الذي اتفق فيه الأطراف على أن « الاتفاق الحالي للقرض تم عقده على أساس معطيات قانونية ومالية مطبقة حالياً، وفي حالة تدخل قانون أو لائحة أو تفسير جديد للنصوص المطبقة حالياً يعدل المصطلحات المالية الموجودة في الاتفاق أو يؤمم المؤسسة، فإن المقترض سوف يعلن المُقرض بالحدث، ويتفاوض الأطراف في الثلاثة أشهر التالية لهذا الإعلان لتعديل الاتفاق الحالي » [2].

وعدم ثبات الشرط على صورة واحدة نلاحظه أيضاً في الاقتراحات التي قدمتها غرفة التجارة الدولية بشأن الظروف الطارئة [3]. فعلى خلاف الشرط النموذجي الذي أعدته الغرفة في شأن القوة القاهرة، لم تضع الغرفة شرطاً نموذجياً للظروف الطارئة محدداً بمفهوم ونتائج معينة يمكن إدراجه في العقد بمجرد الإشارة إليه، ولكنها قدمت مجموعة اقتراحات يمكن للأطراف أن يختاروا أياً منها وفقاً لحاجتهم وذلك بالنص عليها صراحة في العقد [4].

٢٥- ثانياً: النتائج المترتبة على تطبيق المفهوم الاتفاقي لشرط « إعادة التفاوض» Hardship

يترتب على تطبيق المفهوم الاتفاقي « لشرط إعادة التفاوض » Hardship نتائج عملية هامة تتمثل فيما يلي :

(١) إذا كان المفهوم الاتفاقي للشرط يقدم مزايا كبيرة ويخفف من جمود النصوص

---

(١) انظر في هذا المعنى،
BARBIEIR (J. - J.), op. cit., p. 444.

(٢) شرط مشار إليه في،
MOUSSERON (J. - J.), op. cit., p. 544.

(٣) انظر، المنشور رقم ٤٢٠ لسنة ١٩٨٥ الصادر عن غرفة التجارة الدولية.

(٤) انظر في هذا المعنى، التعليق والملحوظات التي تمت على هذه الاقتراحات، المنشور السابق، ص ٢١. والجدير بالذكر أن الحرية التي تركتها الغرفة في هذه الاقتراحات تتعلق فقط بالنتائج المترتبة على تغير الظروف بينما حددت الغرفة بشكل واضح شروط الحادث المُشكل لتغير الظروف. لذا فإنها حرية غير كاملة تتعلق بالنتائج دون شروط الإعمال. أما مبادئ UNIDROIT فنجدها أكثر تحديداً في هذا الصدد. فهي لم تُشر بشكل أو بآخر إلى إرادة الأطراف في تحديد مفهوم Hardship أو نتائج تطبيقه، بل نصت بوضوح على كل عناصر الشرط. انظر في ذلك المادة ٦-٢-٢و ٦-٢-٣ من هذه المبادئ.

التشريعية ومن تشدد القضاء في تطبيق نظرية الظروف الطارئة، فإنه يتولد عنه صعوبات كبيرة في التطبيق. فنظراً لغياب مفهوم قانوني موحد للشرط، فإن تطبيقه يتطلب اتفاق الأطراف عليه صراحة في العقد. فلا ينطبق الشرط دون النص الصريح عليه من جانب الأطراف. وإثارته من أحد الأطراف بهدف تعديل أحكام العقد، دون وجود نص صريح، سوف يثير تطبيق نظرية الظروف الطارئة و سوف يرتبط تعديل العقد في هذه الحالة بمدى معرفة القانون المطبق علي العقد لهذه النظرية. و في هذه الحالة تنطبق بالقدر وبالشروط التي يتطلبها القضاء. و باختصار، فإن المتعاقدين لن يجدوا أمامهم، عند غياب الاتفاق الصريح علي تطبيق شرط « إعادة التفاوض » Hardship سوى تطبيق نظرية الظروف الطارئة.

(٢) ويترتب على ذلك أيضاً، وعلى خلاف نظرية القوة القاهرة، أن مجرد إشارة الأطراف لمصطلح « إعادة التفاوض» Hardship، حتى ولو كانت صريحة، لا تكفي لتطبيق الشرط . فمجرد الإشارة إلى المصطلح لا تعنى شيئاً في حد ذاتها. والأمر على عكس ذلك بالنسبة لمصطلح القوة القاهرة التي تفهم إشارة الأطراف إليه على أنهم قد قصدوا تطبيق المفهوم التقليدي لها. وفي حالة النقص أو الغموض في شرط " إعادة التفاوض Hardship " لا يستطيع القاضى أو المحكم أن يتصدى من تلقاء نفسه لتحديد مضمون الشرط، كما أن هناك صعوبة كبيرة أمامه لتحديد نية الأطراف ومقصدهم من الشرط. وستدق الصعوبة أكثر عندما يجادل أحد الأطراف في توافر عناصره كما كانت في نية الأطراف عند إبرام العقد. ولذا يؤكد غالبية فقهاء التجارة الدولية على ضرورة الصياغة الدقيقة الواضحة لكل عناصر الشرط [١].

الخلاصة أن التطبيق السليم لشرط « إعادة التفاوض » Hardship يستلزم تنظيماً دقيقاً من جانب الأطراف لكل عنصر من عناصر الشرط.

---

(١) انظر على سبيل المثال،

PAULSSON (J.), Op. cit., p. 249 ; BARBIERI (J. - J.), Op. cit., p. 465 ; UYTVANCK (J. - V.), Op. cit., p. 480.

المطلب الثاني
فضل المفهوم الاتفاقي لشرط «إعادة التفاوض»
في تفادي التردد في الأخذ بنظرية الظروف الطارئة

٢٨- لا تتفق القوانين الوطنية في معالجة واحدة لنظرية الظروف الطارئة. فالبعض منها لا يسمح للقاضى بالتدخل لتعديل أحكام العقد إذا تأثر تنفيذه بسبب أحداث غير متوقعة تجعل تنفيذ التزام أحد المتعاقدين مرهقاً. والمفهوم الاتفاقي الذي يتصف به شرط « إعادة التفاوض » جعل كل القوانين تسمح بهذا التعديل إعمالاً لحرية الأطراف في تنظيم عقدهم.

وسوف نعرض على التوالي في هذا المطلب لمدى الاختلاف بين القوانين الوطنية في معالجة أثر تغير الظروف، و دور شرط « إعادة التفاوض » في تفادى الاختلاف بين هذه القوانين.

٢٩- أولاً : اختلاف النظم القانونية في معالجة أثر تغير الظروف :

ينطوي كل عقد على عنصر الكسب والخسارة، ولذا من المتوقع أن يُصاب أحد المتعاقدين بضرر ما من جراء تنفيذ العقد قد يمثل، في نفس الوقت، كسباً للمتعاقد الآخر. وفي الواقع هذا ما يبحث عنه الأطراف من إقدامهم على التعاقد؛ فكل متعاقد يسعى إلى تحقيق أكبر فائدة من العقد، وفي سبيل تحقيق هذه الفائدة يتحمل هذا المتعاقد - في نفس الوقت- جزءاً من المخاطر. ويكون مثل هذا الضرر مقبولاً من الطرف الذي يتحمله، في مقابل مزية أخرى يحققها له العقد، مادام أنه ضرر معقول. أما إذا كان هذا الضرر فادحاً ويتعدى الحدود المعقولة، أولم يعد العقد يحقق لهذا المتعاقد أية مزية تقابل هذا الضرر، أو أصبح الكسب الذي يحققه العقد بالنسبة له لا يُذكر في مقابل هذا الضرر، فإنه في مثل هذه الحالات تقتضي العدالة أن نجد وسيلة لرفع الضرر عن هذا المتعاقد عن طريق تعديل التزامات الأطراف أو شروط تنفيذ العقد.

والإشارة إلى تعديل العقد، تبعاً لظروف جديدة جعلت تنفيذ العقد أكثر إرهاقاً لأحد المتعاقدين، تثير للوهلة الأولى نظرية الظروف الطارئة « La théorie de l'imprévision "، وهي النظرية التي تمثل نقطة خلاف عميق بين القوانين الوطنية

سواء من ناحية الأخذ بها أو من حيث طريقة تنظيمها أو الآثار المترتبة عن إعمالها [1].

ويمكن تقسيم هذه القوانين إلى ثلاث مجموعات : الأولى، وتشمل القوانين التي ترفض كُلية الأخذ بالنظرية، ويندرج في المجموعة الثانية، القوانين التي تعترف قضائياً بالنظرية دون وجود نص تشريعي، وتضم المجموعة الثالثة الدول التي تنظم تشريعها هذه النظرية.

٣٠- وخير من يمثل المجموعة الأولى، التي يرفض نظامها القانوني تطبيق النظرية إجمالاً، القانون المدني الفرنسي والقانون البلجيكي [2]. فكلا النظامين يعارض منح القاضي سلطة التدخل لتعديل شروط العقد إذا اختل توازنه بسبب أحداث غير متوقعة وخارجة عن إرادة الأطراف [3]. فمنذ الحكم الشهير لمحكمة النقض الفرنسية عام ١٨٧٦ في قضية "canal de craponne" [4]، فإن المحكمة تعطى أولوية لتطبيق

---

(١) الاختلاف بين هذه القوانين أمر يتفق عليه فقه القانون المقارن، انظر على سبيل المثال،
SHERKAWI (G.), Op. cit., p. 7 ; KNOEPFLER (F.), Op. cit., p. 26.

(٢) انظر،
HORSMANSI (G.), L'exécution du contrat et le comportment des parties, RTD. civ., 1979 -1980, p. 300

وانظر أيضاً
LE FICHANT (F.), Op. cit., p. 127.

(٣) انظر في ذلك،
LESGUILLONS (H.), Frustration, Force majeure., op. cit., p. 526.

والجدير بالذكر أن القانون الإداري الفرنسي يعرف جيداً نظرية الظروف الطارئة، بل أن القضاء الإداري الفرنسي أقام لها قضاء راسخاً يسمح للقاضي الإداري بالتدخل بتعديل العقد إذا توافرت شروط هذه النظرية. وكذلك تدخل المشرع الفرنسي في مجال القانون الخاص ليسمح للقاضي، في بعض الحالات الاستثنائية، بأن يتدخل لتعديل العقد، انظر في ذلك،

OPPETIT (B.), La théorie de l'imprévision en droit comparé, Annexe n° 1, Dr. prat. com. int., 1976, p. 45.

(4) Cass. civ., 6 mars 1876, D., 1876, 1, p. 193.

وانظر في محاولات الفقه والقضاء وكذلك تدخلات المشرع للعدول عن المبدأ الذي أرساه هذا الحكم،

DELAS-SAINT-HILAIRE (J. - P.), L'adaptation du contrat aux circonstances économiques, in " La tendence à la stabilité du rapport contractuel ", études de droit privé, sous la direction et avec une préface de Paul DURAND, L.G.D.J, 1960, p. 245 et s. ;COUCHON (Ch.), Rapports nationaux, France, contrats de droit privé, in " Les modifications du contrat au cours de son exécution en raison de circonstances nouvelles ", op. cit., p. 13 et s.

مبدأ العقد شريعة المتعاقدين « Pacta sunt servanda " على تعديل بنود العقد إذا تغيرت الظروف المحيطة به والذي يعبر عنه بمصطلح " Rebus sic stantibus " [١]، فاحترام القوة الإلزامية للعقد هو الأساس الذي تستند إليه هذه القوانين في رفض النظرية [٢].

٣١- والمجموعة الثانية من القوانين هي التي تعترف بالنظرية على أساس قضائي. فعلى الرغم من عدم وجود نص عام في هذه القوانين يسمح بمراجعة العقد ويمنح القاضي سلطة التدخل لتعديل التزامات المتعاقدين، فإن قضاء هذه الدول قد سمح لنفسه، على أساس مبدأ حسن النية والعدالة، بالتدخل لإجراء مثل هذا التعديل [٣].

ففي النظام القانوني السويسري يمكن للقاضي التدخل لمراجعة شروط العقد إذا تغيرت ظروف تنفيذه وفقاً لأحداث غير متوقعه [٤]. وقد أسس القضاء السويسري، وخاصة المحكمة الفيدرالية، هذا التدخل على أساس المادة الأولى من القانون المدني التي تتحدث عن سلطة القاضي في تكملة النقص في القانون، وأيضاً على أساس المادة الثانية التي تتطلب حسن النية في تنفيذ العقد [٥]. وقد صاغت المحكمة الفيدرالية شروط تطبيق

---

(١) انظر

MESTRE (T.), Note, sous cass. civ., 31 mai 1988, RTD. civ., 1988, p. 71.

وهيمنة هذا المبدأ أمر يثبت عليه قضاء النقض الفرنسي حتى في الأحكام الحديثة له، انظر في هذه الأحكام،

LARROUMET (Ch.), Op. cit., p. 364.

(٢) هذه القاعدة منصوص عليها في المادة ١١٣٤ من القانون المدني الفرنسي، انظر في تفصيل ذلك،

BULISSON (M.), La négociation de marchés internationaux, Moniteur, 1982, p. 223.

(٣) انظر في هذه المعنى،

LESGILLONS (H.), Op. cit., art. 527.

(٤) والجدير بالذكر أن القانون السويسري يحتوي على نصوص خاصة عديدة تسمح للقاضي بهذا بالتدخل بفسخ العقد أو تعديله إذا وقعت ظروف خطيرة أثرت في تنفيذ العقد. ومن هذه النصوص : المادة ٥٤٥ الخاصة بعقد الشركة، المادتين ٢٦٩،٢٩١ الخاصتين بعقد الإيجار، والمادة ٣٨٧ التي تعالج عقد العمل، والمادة ٤٧٦ الخاصة بعقد الوديعة، والمادة ١/٣٣٧ الخاصة بعقد المشروع. انظر في تفصيل ذلك،

KNOEPFLER (F.), Op. cit., p. 25 ; VAN OMMESLAGHE, Op. cit., p. 34.

(٥) انظر،

OPPETIT (B.), Op. cit., p. 45 ; DELVOLVÉ (J. -L.), L'imprévision dans les contrats internationaux, Travaux de communauté française de droit international privé, 1989- 1990, éd. du C.N.R.S, paris, 1991, p. 149.

نظرية الظروف الطارئة بقولها « إن الاختلال بين الأداء والأداء الآخر، الذي يحدث بسبب تغير في الظروف، يجب أن يكون سبباً لفسخ العقد أو تعديله عندما يكون هذا الاختلال ظاهراً ومتجاوزاً الحد المعقول »[1].

ونفس الأمر نجده في القانون الألماني[2]. فقانون الالتزامات B.G.B لا يحتوي على نص عام يقضى بمراجعة العقد، ولكن الفقه والقضاء الألمانيان وضعا طريقاً يسمح للقاضي بالتدخل لتعديل العقد في حالات معينة. وقد جاءت محاولات الفقه والقضاء استجابة للتغيرات الاقتصادية الكبيرة التي صاحبت الحرب العالمية الأولى، مثل زيادة الديون وارتفاع نسبة التضخم والكساد الاقتصادي[3]. وقد نجح القضاء الألماني. بالتطبيق الموسع للمادة ١٥٧ التزامات التي توجب تفسير العقود بحسن نية، والمادة ٢٤٢ التي تُلزم المدين بتنفيذ التزامه بحسن نية، أن يؤسس نظرية « انهيار الأساس التعاقدي» Geschaftsgrundlage Wegfall der، وهي تعالج اختلال الأساس التعاقدي للعقد أو الدعائم الأساسية التي يقوم عليها العقد[4]، بسبب أحداث غير متوقعة ومستقلةعن

---

(١) حكم المحكمة الفيدرالية السويسرية في أكتوبر ١٩٣٣، مشار إليه في،
LESGUILLONS (H.), Frustration, Force majeure., op. cit., p. 529.

(٢) نقصد هنا أن القانون الألمانى لا يعرف نظرية عامة لفكرة الظروف الطارئة تنطبق على كل العقود وفي جميع الحالات، ولا يعنى هذا أن هذا القانون لا يعرف مطلقاً هذه النظرية وإنما توجد تطبيقات عديدة لهذه الفكرة في قانون الالتزامات، كما أن المشرع الألمانى قد اصدر عدة قوانين تسمح للقاضى بالتدخل بتعديل أحكام العقد نتيجة ظروف غير متوقعة أدت إلى الإخلال بتوازن العقد. انظر على سبيل المثال المواد التي تطبق هذه النظرية في قانون الالتزامات، والمادة ٣١٢ والمادة ٦١٠. وانظر على سبيل المثال في القوانين التي صدرت تطبيقاً لهذه الفكرة، قانون ١١ يوليو ١٩٢٥ الخاص بإنقاص الفوائد القانونية، وقانون أول يونيه ١٩٣٣ المتعلق بمراجعة الديون الزراعية، وقانون ٢٠ يوليو ١٩٣٤ الخاص بمراجعة عقود العمل. انظر في تفصيل ذلك، د. حسبو الفزارى، أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدى في القانون المقارن، المرجع السابق، ص ٩٨.

(٣) انظر في هذه المعنى،
PICOD (Y.), Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, th., L.G.D.J, 1989, p. 221 ; PHILIPPE (P.), " pacta sunt servanda ", Op. cit., p. 194.

(٤) وقد تكون هذه الاعتبارات اقتصادية أو سياسية، شخصية أو موضوعية، وإن كان بعض الفقه يقصر تطبيق هذه النظرية على الاعتبارات الموضوعية التي تتعلق بالظروف الاقتصادية فقط. انظر،
VAN OMMESLAGHE (P.), Op. cit., p. 24.
وقد قسم الأستاذ SPARWASSER هذه الاعتبارات الأساسية إلى نوعين، اعتبارات موضوعية وأخرى شخصية. وتتعلق الاعتبارات أو الأسس الموضوعية بالظروف التي أبرم العقد خلالها والذي أثر تغيرها في توازن= الأداءات المتبادلة للأطراف، أما الاعتبارات الشخصية فتتعلق بالظرف الشخصية للمتعاقدين. انظر،
SPARWASSER (R.). Op. cit.. p. 126 et 127.

إرادة الأطراف [١]. ويسمح القضاء الألماني، وفقاً لهذه النظرية، بتعديل العقد إذا أدى الحدث إلى اختلال كبير في توازنه Gross Disproportion . وقد يحدث هذا الاختلال من انخفاض قيمة العملة أو بسبب تغيرات في النظام القانوني أو السياسي السائد [٢].

ومن القوانين التي تنتمي إلى هذه النظرية والتي تثير جدلاً في الفقه حول تطبيقها للنظرية، القانون الإنجليزي [٣]. فقد أثير التساؤل حول ما إذا كانت نظرية Frustration التي يطبقها هذا القانون تسمح بمراجعة العقد في حالة التغير في الظروف الذي يجعل

---

(١) راجع في ذلك،

W. RIVKIN (D.), Lex mercatoria and force majeure in Transnational rules in international commercial arbitration, 1993, p. 181 et s.

حيث يرى أن " انهيار الأساس التعاقدي " يتمشى بصفة عامة مع نظرية الظروف الطارئة.

(٢) راجع في ذلك،

W. RIVKIN (D.), Op. cit., p. 183 ; SPARWASSER (R.), Op. cit., p. 132 ; OPPETIT (B.), La théorie du l'imprévision., Op. cit., p. 45.

والجدير بالذكر أنه في حالة ما إذا أدى اختفاء الأساس التعاقدي للعقد إلى فقد العقد طبيعته بحيث يصبح هذا العقد مختلفاً بشكل جذري عن العقد الذي قصده الأطراف من البداية، فإن الجزاء الذي يرتبه القضاء الألماني في هذه الحالة هو فسخ العقد وليس تعديله. انظر في ذلك،

LESGUILLONS (H.), Frustration, force majeure., Op. cit., p. 601 ; PHILIPPE (D.), OP. cit., p. 200 ; DAVID (R.), L'imprévision dans les droits Europeens, Op. cit., p. 218.

(٣) تنتمي إلى هذه المجموعة قوانين عديدة منها على سبيل المثال ، القانون الأسباني حيث أسس القضاء النظرية على أساس المادة ١٢٥٥ مدني المتعلقة بالنظام العام والآداب، والمادة ١٢٥٨ الخاصة بتنفيذ العقد بحسن نية، انظر في تفصيل ذلك، OPPETIT (B.)، مرجع سابق، ص ٤٥. وانظر في تعريف الظروف الطارئة، حكم المحكمة الأسبانية العليا الصادر في ١٥ مارس ١٩٧٢، مشار إليه في ملحوظة DERAINS (Y.) على حكم التحكيم الصادر من غرفة التجارة الدولية، القضية رقم ٢٧٠٨ لسنة ١٩٧٥، وارد في،

JDI, 1976, p. 943.

ومن هذه القوانين أيضاً قوانين الدول الاسكندنافية التي سمح قضاؤها بتعديل الثمن إذا تغيرت ظروف العقد. وقد أسس القضاء أحكامه على تفسير المادة ٢٤ من Sale of Goods وكذلك على أساس الإثراء بلا سبب وزوال أساس العقد في بعض الحالات، انظر في تفصيل ذلك،

RODHE (K.), Adjustment of contracts on account of changed conditions, scandinavian studies in law, 1959, pp. 151 et s.

وينتمي القانون النمساوي أيضاً إلى هذه المجموعة ، فقد استند القضاء إلى فكرة حسن النية واعتبرها أساس للظروف الطارئة التي تجيز تعديل العقد بالمخالفة للاستحالة المطلقة التي يترتب عليها فسخ العقد كلية. راجع في ذلك،

DAVID (R.), L'imprévision dans les droits européens, Op. cit., p. 220.

تنفيذ التزامات أحد المتعاقدين مرهقاً بدرجة كبيرة.

والواقع أنه على الرغم من أن النظرية تواجه، بالإضافة إلى فروض استحالة التنفيذ، فروضاً أخرى لا يتوافر فيها هذه الاستحالة، أو بالأحرى الفروض التي تواجهها نظرية الظروف الطارئة [1]، فإنها لا تصل إلى حد السماح للقاضي بأن يتدخل لمراجعة العقد إذا تغيرت ظروف تنفيذه. فهي ترتبط، كما يقول الأستاذ « كونبفليه « KNOEPFLER، بمبدأ " كل شيء أو لا شيء» [2]. فالقضاء الإنجليزي يقضي بفسخ العقد إذا تغير أساسه بسبب الظروف الجديدة، أو لم تتحقق الشروط الضمنية التي تعاقد الأطراف على أساس تحققها أو غاب الهدف التجاري الذي رغب الأطراف في تحقيقه [3]. ولذا يمكن القول بأن القانون الإنجليزي لا يطبق نظرية الظروف الطارئة بالمفهوم المعروف لها، فلا يكتفي لتطبيق النظرية أن يصبح تنفيذ التزام المدين أكثر إرهاقاً أو أكثر تكلفة، ولكنه يتطلب تغيراً جذرياً في طبيعة العقد بحيث يُصبح الأطراف أمام عقد جديد [4]. كما أن القضاء يرتب نتيجة واحدة، عند توافر شروط النظرية، وهي فسخ العقد ولا يمنح القاضي سلطة التدخل لتعديل التزامات المتعاقدين. ولذا يصف بعض الفقه الأثر الناتج عن تطبيق هذه النظرية بأنه « يتعلق بأحد أشكال القوة القاهرة التي تطبق بشكل واسع في قوانين القارة الأوروبية » [5].

٣٢- أما المجموعة الثالثة من هذه القوانين فهي التي اعترفت تشريعياً بنص عام

---

(١) انظر،

LESGUILLONS (H.), op. cit., Lamy, art. 391 ; BARBIERI (J. - J.), Vers un nouvel équilibre contractuel ?. Op. cit., p. 438.

الذي يرى أن " نظرية الـ Frustration التي يعرفها جيداً القانون الانجلوسكسوني تغطي في نفس الوقت المجال الذي تغطيه كل من القوة القاهرة والظروف الطارئة "

(٢) انظر، KNOEPFLER (F.), Op. cit., p. 27.

(٣) انظر في هذا المعنى،

DELVOLVÉ (J. - L.), Op. cit., p. 438 ; SHERKAWI (G.), Op. cit., p. 8.

(٤) انظر في هذا المعنى،

DAVID (R.), Les contrats en droit anglais, L.G.D.J, 1973, n° 410.

(٥) انظر،

KNOEPFLER (F.), Op. cit., p. 27.

وصريح يجيز للقاضي أن يتدخل لإعادة توازن العقد الذي اختل بسبب تقلبات الظروف. وينتمي إلى هذه المجموعة العديد من القوانين الوطنية [1]، وسنكتفي في هذا المقام بأن نشير إلى المادة ٢/١٤٧ من قانوننا المدني المصري التي تنص على أنه « ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول. ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك ». وقد منح المشرع، وفقاً لهذا النص، القاضي سلطة التدخل لتعديل التزامات المتعاقدين، كي يرفع المغالاة والخسارة الفادحة التي يتحملها أحد المتعاقدين، أو بمعنى آخر يرد الالتزام إلى الحد المعقول [2].

٣٣- ثانياً : دور شرط Hardship في تفادي الإختلاف بين القوانين الوطنية :

إزاء هذا الموقف المتناقض للقوانين الوطنية تجاه نظرية الظروف الطارئة، ليس فقط من ناحية الأخذ بالنظرية أو الالتفات عنها، ولكن أيضاً من ناحية الفوارق الظاهرة بين هذه النظم التي تأخذ بها، فإنه من المسموح به، بل ومن الأفضل، أن نجد شرطاً ينظم بمقتضاه الأطراف مراجعة العقد تبعاً لما يستجد من ظروف. ولا تتردد المحاكم، حتى في الدول التي رفض نظامها القانوني الأخذ بنظرية تغير الظروف، في السماح للأطراف بتنظيم هذه المراجعة بأنفسهم. ويعتبر شرط « إعادة التفاوض » Hardship هو أفضل

(١) من أمثلة القوانين التي تنتمي إلى هذه المجموعة: القانون المدني الإيطالي (مادة ١٤٦٧ من قانون سنة ١٩٤٢)، والقانون المدني اليوناني (مادة ٣٨٨ من قانون سنة ١٩٤٠). والقانون المدني التشيكوسلوفاكي (مادة ٢١٢ من قانون سنة ١٩٥٠ والمادة ٢٧٥ من قانون التجارة الدولية سنة ١٩٦٤)، والقانون المدني البولوني (مادة ٢٦٩ من قانون ١٩٣٣)، والقانون المدني الجزائري (مادة ٣/١٠٧ من قانون ١٩٧٥)، والقانون المدني الليبي (مادة ١/٦٥٧ من قانون ١٩٦١) و القانون المدني الإثيوبي (مادة ٣/١٨٣ من قانون ١٩٦٠).

(٢) انظر في تفصيل ذلك، د. محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، الجزء الأول، المصادر الإرادية، مكتبة الجلاء بالمنصورة، ١٩٩٧، بند ٢٧٧، ص ٣٦٠. وانظر أيضاً، SHERKAWI (G.), Op. cit., p. 7; EL - GAMMAL (M. - M.), L'adaptation du contrat aux circonstances économiques, étude comparée de droit civil français et de droit de la R.A.U, th., Paris, L.G.D.J, 1967, p. 269.

ما توصل إليه الفن التعاقدي لتنظيم مراجعة العقد [١].

والطبيعة التعاقدية لشرط « إعادة التفاوض » Hardship قدمت فائدتين في مسألة مراجعة العقد. فهي أولاً قضت على تردد بعض النظم القانونية الوطنية في الأخذ بالنظرية، حيث ينظم الشرط مراجعة العقد دون اعتراض من هذه القوانين. وثانيًا أعطت هذه الصفة نطاقاً أوسع لمراجعة العقد عن ذلك النطاق الذي تقدمه نظرية الظروف الطارئة. فمن المعروف قانوناً أن تعديل العقد إعمالا لهذه الأخيرة مقصور على القاضي، هذا بالإضافة إلى أن التشريع أو القضاء في الدول التي تعترف بالنظرية قضائياً، يحدد سلطة القاضي أثناء قيامه بالتعديل بنطاق معين لا يجوز له أن يتعداه ولا يحق له أن يتخذ إجراءات تخرج عن هذا النطاق. ويدخل في هذا النطاق زيادة أعباء أحد المتعاقدين أو إنقاص الالتزام المقابل، كما أن القاضي لا يرفع كل الضرر الذي يتحمله المتعاقد بل يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين. وبمعنى آخر فإن تطبيق النظرية له نطاق قانوني محدد لا يجوز للقاضي تجاوزه [٢]. هذا على الخلاف من شرط « إعادة التفاوض » Hardship الذي يقدم حرية أكبر للمتعاقدين لكي يصلا معاً، عن طريق المناقشة الودية، إلى أفضل الحلول التي تحقق مصالح الأطراف والتي قد تخرج عن مجال سلطة القاضي.

---

(١) انظر في هذه المعنى،

CABAS (F.), Les clauses de Hardship, th., 3° cycle, Montepellier 1, 1981, p. 21.

(٢) انظر في هذا المعنى،

SARIS (M.N.), Les clauses Particulières du contrats internationaux, th., Montpellier, 1981, p. 265.

الفرع الثاني
اختلاف النتائج المترتبة على كل من القوة القاهرة و شرط «إعادة التفاوض»

٣٤- إن أبرز مظاهر اختلاف القوة القاهرة بمفهومها التقليدي عن مفهوم شرط « إعادة التفاوض » تكمن في النتائج التي يرتبها النظام القانوني لكل منهما. فإذا كانت القوة القاهرة تؤدى إلى انتفاء مسئولية المدين وفسخ العقد تلقائياً بحكم القانون، فإن شرط « إعادة التفاوض » يفرض على الأطراف التزاماً جديداً بإعادة التفاوض في العقد. وبمعنى آخر فإن القوة القاهرة تحل المدين من كل التزاماته، أما شرط « إعادة التفاوض » فهو يرتب التزاماً جديداً.

وسوف نبين كلاً من هذين الأثرين في مبحث مستقل.

المبحث الأول
انتفاء مسئولية المدين نتيجة للقوة القاهرة بمفهومها التقليدي

٣٥- تؤدى القوة القاهرة بمفهومها التقليدي إلى فسخ العقد بقوة القانون وانقضاء التزام المدين تبعاً لذلك. وهذه النتيجة المميزة للقوة القاهرة بمفهومها التقليدي لا تجد مصدرها في القوانين الوطنية، وإنما تستمد مصدرها في عقود التجارة الدولية من قرارات التحكيم التجارى الدولى.

وعلى هذا سوف نخصص المطلب الأول من هذا المبحث لدراسة هذه النتيجة في القانون المقارن، ونعين المطلب الثاني لبيان كيفية تطبيقها في قرارات التحكيم.

المطلب الأول
انفساخ العقد وانتفاء مسئولية المدين بسبب القوة القاهرة في القانون المقارن

٣٦- نتناول في هذا المطلب مسألتين: نعالج في الأولى المقصود بانتفاء مسئولية المدين، ونتحدث في الثانية عن مدى تبني هذا الأثر للقوة القاهرة من جانب بعض النظم القانونية الوطنية.

٣٧- أولاً : المقصود بانتفاء مسئولية المدين بسبب القوة القاهرة:

إذا توافرت شروط القوة القاهرة، فإن الأثر الطبيعي الذي يترتب عليها هو غياب مسئولية المدين التعاقدية عن نتائج عدم التنفيذ. فإذا كانت القواعد العامة تقضى بمسئولية المتعاقد التعاقدية الذي لم ينفذ التزامه بالشكل المنصوص عليه في العقد، فإن القوة القاهرة تعتبر استثناءً يعطل حكم هذه القواعد باستبعاد مسئولية هذا المتعاقد [1].

ولا يقتصر أثر القوة القاهرة على عدم انعقاد مسئولية المدين، ولكن يمتد أثرها أيضاً إلى فسخ العقد بحكم القانون. و بمعنى آخر، فإن للقوة القاهرة أثراً مزدوجاً : فهى تؤثر على مسئولية المدين باستبعادها، وتؤثر على العقد ذاته بانفساخه [2]. ولهذا فإن القوة القاهرة تعد سبباً لفسخ العقد واختفائه، لا سبباً للحفاظ عليه وبقائه.

وتجدر الإشارة في هذا المقام إلى التفرقة بين انقضاء العقد « Extinction du contrat" وانقضاء الالتزامات التي يولدها هذا العقد " Extinction des obligations " [3]. فمادام العقد مصدراً لالتزامات متعددة، فمن المتصور أن ينقضي الالتزام دون أن يؤدى انقضاؤه بالضرورة إلى انقضاء العقد. فيجب البحث في أثر هذا

---

(١) انظر في هذا المعنى،
LE ROY (D.), Op. cit., p. 12 ; BARBIERI (J. - J.),Op. cit., p. 487 ; MABROUK (R.),Op. cit., p. 288.

(٢) انظر.
LARROUMET (Ch.)Op. cit., p. 703.

(٣) انظر في مصطلح انقضاء العقد وانقضاء الالتزام، د. حسام الدين كامل الأهواني،النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الثانية، ١٩٩٥، بند ٦٣٦، ص ٤٣٨
LE ROY (D.), Op. cit., p. 627.

الانقضاء هل يؤدى إلى انقضاء العقد، أم أن العقد يمكن أن يبقى ويستمر على الرغم من انقضاء بعض الالتزامات التي يرتبها [1]. ولا جدال في أن العقد ينفسخ كلية إذا استحال على المدين تنفيذ بعض الالتزامات الأصلية التي لا يقوم العقد إلا بها كاستحالة تسليم الشيء المبيع لهلاكه أو لصدور قرار من السلطة العامة بحظر التعامل فيه، أو لاستحالة دفع ثمن المنتجات محل العقد. أما إذا استحال على المدين أن ينفذ التزاماً ثانوياً، كالالتزام بالصيانة في عقد البيع مثلاً نظراً لاستحالة الحصول على التأشيرات اللازمة لنقل عمال الصيانة إلى مكان العمل، فإن انقضاء هذا الالتزام لا يؤدى إلى انقضاء عقد البيع [2].

وإذا كان أثر القوة القاهرة في هذا الصدد معترفاً به من جانب الفقه والقضاء في مختلف النظم القانونية وفي مجال التجارة الدولية، فإن بعض الفقهاء وبعض النصوص التشريعية لا يعبرون بوضوح عن هذا الأثر. فغالبية الفقه تذهب - بحق - إلى أن القوة القاهرة تعد سبباً لانتفاء مسئولية المدين لا سبباً للإعفاء منها؛ فالمدين يبرأ من التزامه ولا يكون مسئولاً عنه لأن استحالة التنفيذ لم تكن بسبب خطا منه [3]، فالقوة القاهرة تتميز من حيث المبدأ عن أسباب الإعفاء من المسئولية في أن هذه الأخيرة لا تلعب دورها إلا إذا توافرت أولاً أركان المسئولية من خطأ وضرر وعلاقة سببية. وكذلك، وكما يشير الأستاذ فونتان FONTAINE ، تختلف شروط الإعفاء في أنها تنظم حالات عدم التنفيذ الذي يرجع إلى خطأ أحد المتعاقدين، أى عدم التنفيذ الإرادى منهم. أما القوة القاهرة فهى تنظم عدم التنفيذ الذي لا يرجع إلى إرادة أحد المتعاقدين [4].

وإذا كانت القوة القاهرة تؤدى إلى تهدم بعض أركان المسئولية التعاقدية، فإن

---

(١) د. حسام الدين كامل الأهواني، مرجع سابق، نفس الموضع. وانظر أيضاً،

DEHAR - TOUCHAIS (M.), J. Cl., contrats distribution, Fasc. 175, n° 3.

(٢) انظر في هذا المعنى، د. حسام الدين كامل الأهواني، مرجع سابق، بند ٦٨٣، ص ٤٣٩

(٣) انظر على سبيل المثال، د. محيى الدين إسماعيل علم الدين، نظرية العقد، مقارنة بين القوانين العربية والشريعة الإسلامية، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، ١٩٩٤، ص ٤٨٣ ؛ د. نصيرة السعدي، عقود نقل التكنولوجيا في مجال التعاون الدولى، رسالة، القاهرة، ١٩٨٧، ص ٢٧٥. وانظر أيضاً

MABROUK (R.), Op. cit., p. 280.

(4)FONTAINE (M.), Op. cit., p. 176.

ويعبر قانون التجارة الجديد - القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ الصادر بتاريخ ١٧ مايو ١٩٩٩ والمنشور في الجريدة الرسمية في العدد ١٩ مكرر في ١٧ مايو ١٩٩٩ - عن أثر القوة القاهرة بانتفاء المسئولية وليس بالإعفاء منها. وفي=

التساؤل الذي يفرض نفسه في هذا الصدد هو أى أركان المسئولية يتهدم بسبب القوة القاهرة ؟ و بمعنى آخر هل وقوع حدث القوة القاهرة يؤدى إلى غياب الخطأ من جانب المدين أم يترتب عليه انقطاع علاقة السببية بين خطئه والضرر الذي يقع نتيجة عدم التنفيذ ؟.

لا يتفق الفقه على إجابة واحدة لهذا التساؤل. فالبعض يرى أن « المسئولية سواء كانت تعاقدية أو تقصيرية، مؤسسة على الخطأ، والقوة القاهرة تؤدى إلى غياب الخطأ. ولذا من الطبيعي أن يكون أثرها هو غياب المسئولية »[1]. فالقوة القاهرة وغياب الخطأ

= ذلك تنص المادة ٢٤٤ منه الخاصة بعقد نقل الأشياء على أنه " لا يجوز للناقل أن ينفي مسئوليته عن هلاك الشيء محل النقل أو تلفه أو التأخير في تسليمه إلا بإثبات القوة القاهرة ... ". ونفس الأمر نجده في المواد، ١٣٣ المتعلقة بعقد الإيداع في المستودعات و المادة ٢٥٦ و ٢٦٦ المتعلقتان بعقد نقل الأشخاص، والمادة ٢٧٨ الخاصة بالوكيل بالعمولة بالنقل، والمادة ٢٩٠ المتعلقة بالنقل الجوى. وفي نفس المعنى أيضاً المادة ٢٣٦ و ٢٣٧ المتعلقتان بعقد نقل الأشخاص. ومع وضوح الفارق بين القوة القاهرة كسبب لعدم انعقاد المسئولية وأسباب الإعفاء من هذه المسئولية، فإن بعض الفقهاء يعبرون عن أثر القوة القاهرة بإعفاء المدين من المسئولية، الأمر الذي يترتب عليه خلط بين الفكرتين . والملاحظ أن هؤلاء الفقهاء لا يقصدون وصف القوة القاهرة بأنها سبب للإعفاء من المسئولية، وإنما فقط يستخدمون وصف الإعفاء ثم يعالجون داخلة عدم انعقاد مسئولية المدين بسبب حدث القوة القاهرة، وبمعنى آخر فهم يعتبرون الإعفاء من المسئولية وانتفاء هذه المسئولية مصطلحين مترادفين. انظر على سبيل المثال في القانون الفرنسي،

LEBOULANGER (Ph.), Op. cit., p. 228 ; CHABAS (F.), Force majeure, Rep. Dalloz, Droit civil, 1985, n° 5 ; ABDUL MUINM H. (A.), op. cit., p. 351.

وانظر في الفقه المصري على سبيل المثال، د. على محمد عبد المولى، الظروف التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري، رسالة، عين شمس، ١٩٩١، ص. ٤٥٨؛ د. بكير نجيب، أثر الاستحالة النسبية على تنفيذ الالتزام، مجلة القانون والاقتصاد، السنة ٥٥، ١٩٨٥، ص ١٨٢: د. رضا محمد إبراهيم عبيد، الالتزام بالتسليم في القانون الموحد للبيع الدولي للبضائع، رسالة سابقة، بند ٣٢٣، ص٤٢٣ و بند ٣٣٩، ص ٣٤٣.

والجدير بالذكر أن عدم التحديد الدقيق لأثر القوة القاهرة في مسئولية المدين لا يقتصر فقط على الفقه والتشريعات الوطنية، وإنما يمتد أيضاً إلى اتفاقيات التجارة الدولية. انظر على سبيل المثال، اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولى للبضائع (فينا ١٩٨٠) حيث تعالج عدم مسئولية المدين عن أى من التزاماته إذا أثبت أن عدم التنفيذ يرجع إلى ظروف خارجة عن إرادته ، ومع ذلك تعالج هذا الأمر تحت عنوان « إعفاء Exonération ". وانظر أيضاً في التعليق على هذه الاتفاقية د. محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع، (دراسة في قانون التجارة الدولية) ، دار النهضة العربية، ١٩٨٨، بند ٣٣٦ وما يليه، ص ٢٤٩، وما يليها، حيث يقسم الإعفاء الذي تضمنته هذه المدة إلى نوعين: إعفاء من المسئولية عن التعويض وحده (مادة ٧٩)، وإعفاء من تنفيذ الالتزام (مادة ٨٠)

(١) انظر،

RADOUANT (J.), Note sous Cass. civ., 2° ch., 13 mars 1957, D., 1958. P. 73.

فكرتان مترادفتان لدى هذا الفقه [1]. ومادام المدين لم يرتكب أى خطأ من جانبه فهو غير مسئول عن عدم التنفيذ الذي يعزى إلى سبب خارج عن إرادته ولم يشارك في وقوعه.

ويرى الرأى الغالب في الفقه – وبحق – أن وقوع حدث القوة القاهرة يترتب عليه تهدم علاقة السببية بين الخطأ والضرر [2]. وفي ذلك تقول الأعمال التحضيرية للقانون المدني : « المضرور إذا أقام الدليل على المسئولية بإثبات الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما، فلمن أحدث الضرر عندئذ أن يسقط الدليل على علاقة السببية هذه بإثبات السبب الأجنبي، ويكون هذا السبب بوجه عام حادثاً فجائياً أو قوة قاهرة، وليس ثمة محل للتفريق بينهما، أو خطأ وقع من المضرور أو من الغير . . . » [3]. وقضى تطبيقاً لذلك بأن « عدم تنفيذ المدين لالتزامه التعاقدي يعتبر خطأ يرتب مسئوليته التي لا يدرؤها عنه إلا إثبات قيام السبب الأجنبي الذي تنتفي به علاقة السببية » [4].

---

(١) انظر،

VINEY (G.), Traité de droit civil, sous direction de GHESTIN (J.), Les obligations, La responsabilité, Effets, L.G.D.J, 1988, n° 403 ; CAILLE (C.), Les clauses d'exonération de la responsabilité, th., paris 1, 1988, n° 32 ; ABDUL MUNIM H. (A.), th., précitée, p. 383.

(٢) انظر على سبيل المثال في الفقه الفرنسي،

MALAURE (Ph.) et AYNES (L.), Droit civil, Les obligations, 2° éd., Cujas, 1990, n° 196 ; CHABAS (J.), op. cit., n° 98 ; WEILL (A.) et TERRE (F.), Droit civil, Les obligations, 4° éd., D., 1986. N° 742 ; MARTY (G.) et RAYNAUD (P.), Droit civil, Les obligations, T. 1, Les sources, 2° éd., 1988, n 728 ; LE TOURNEAU (Ph.), La responsabilité civile, 3° éd., D. , 1982, n° 705.

وانظر على سبيل المثال في الفقه المصري، د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، المجلد الأول، قام بتنقيحها المستشار مصطفي محمد الفقي، دار النهضة العربية، ١٩٨١، بند ٤٥٤، ص ٩٤٠ ؛ د. عبد الوهاب على بن سعد الرومي، الاستحالة وأثرها على الالتزام العقدي، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، رسالة ، القاهرة، ١٩٩٤، بند ٢٢٠، ص ٥٢٦؛ د. محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، الجزء الثاني، المصادر غير الإرادية، مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة، ١٩٩٧، ص ٩٠. حيث يرى سيادته أن القوة القاهرة قد تنفي الخطأ ، وقد يتوافر الخطأ والضرر وتأتي القوة القاهرة وتقطع علاقة السببية بين هذا الخطأ والضرر.

(٣) مشار إليها في، د. محمد كمال عبد العزيز، التقنين المدني في ضوء القضاء والفقه، الجزء الأول، في الالتزامات، الطبعة الثانية، مؤسسة روز اليوسف، ١٩٨٠، ص ٥٦٢، ٥٦٣.

(٤) نقض مدني مصري، جلسة ١٩٨٣/٥/٢٥، الطعن رقم ١٥٢٩ لسنة ٤٩ قضائية، مجموعة أحكام المكتب= =الفني، السنة ٣٤، ص ١٣١١.

٣٨- ثانياً : تبني فسخ العقد و انتفاء مسئولية المدين بسبب القوة القاهرة في بعض النظم القانونية الوطنية :

فسخ العقد وغياب مسئولية المدين التعاقدية بسبب حدوث حالة القوة القاهرة، مبدأ تعرفه كل الأنظمة القانونية الوطنية وإن اختلفت المصطلحات التي تستخدمها هذه الأنظمة للتعبير عن الفكرة [١].

ففي القانون الفرنسي، تنص المادتان ١١٤٧، ١١٤٨ مدني على عدم مطالبة المدين بأي تعويض عن عدم تنفيذ التزامه إذا نتج عدم التنفيذ من حادث تتمثل فيه خصائص القوة القاهرة [٢]. وإذا كان هذا القانون لا ينص صراحة علي اعتبار القوة القاهرة سبباً لانقضاء العقد [٣]، فإن القضاء الفرنسي يعتبرها كذلك. وإذا تعلق الأمر بعقد ملزم للجانبين فإن التزامات كل من الطرفين تنقضي معاً [٤]. ويتشدد القضاء الفرنسي كثيراً في تقدير الشروط التي يجب توافرها في الحدث المكون للقوة القاهرة لترتيب هذا الأثر. وكذلك في النتيجة التي يرتبها هذا الحدث وهى استحالة التنفيذ [٥]. فالقاضي الفرنسي لا ينتهي إلى انقضاء العقد إلا في غياب كل فرصة لتنفيذ التزامه؛ أو بمعنى آخر عندما يكون المدين أمام استحالة كلية في التنفيذ . أما إذا كانت الاستحالة مؤقتة فإن القاضي يتجنب النطق بالفسخ ويلجأ إلى وقف تنفيذ العقد لحين زوال

---

(١) انظر

LE ROY (D.), Op. cit., p. 628.

(2)Ibid.

والجدير بالذكر أن القانون الفرنسي ينص علي هذا الأثر في نصوص عديدة، انظر في هذه النصوص،

LE ROY (D.), Op. cit., p. 12, not. 2

(٣) راجع.

MABROUK (R.), Op. cit., p. 288.

حيث يرى أن القانون الفرنسي لا يواجه هذا الأثر صراحة " لأنه ليس إلا تعبيراً عن حل يأتي بالحس السليم bon sens عملاً بمبدأ لا التزام بمستحيل».

(٤) انظر.

VAN OMMESLAGHE (P.), Les clauses de force majeure., op. cit., p.27; LESGUILLONS (H.), frustration, force majeure., op. cit.., p. 525.

(5)Cass. civ.1 ère ch., 26 Novembre 1980, JDI, 1981, P.355, Note KAHN (Ph.).

الحادث [1].

ويسمح القانون الأسباني بانقضاء العقد كلية إذا توافرت شروط القوة القاهرة التي تتطلبها المادة ١١٠٥ من القانون المدني، وهي عدم التوقع واستقلال الحدث عن إرادة المدين واستحالة الدفع [2]. وكذلك الحال في القانون السويسري حيث تنص المادة ٩٧ من قانون الالتزامات على عدم مسئولية المدين عن الخسارة التي تنتج من عدم التنفيذ الذي يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه. هذا بالإضافة إلى المادة ١١٩ والتي تنص على أن « ينقضي الالتزام عندما يصبح تنفيذه مستحيلاً تبعاً لظروف لا ترجع لإرادة المدين » [3].

والحال هو نفسه في القانون الألماني حيث يمكن أن نستشف هذا الحل من نص المادة ٢٧٥ والمادة ٢٨٣ من قانون الالتزامات B.G.B . فالمادة الأولى تنص على تحرير المدين من كل مسئولية في حالة ما إذا أصبح تنفيذ التزامه مستحيلاً. أما المادة الثانية فتنص على عدم إلزام المدين بدفع تعويض عن عدم تنفيذ التزامه إذا لم يتمكن من تنفيذ هذا الالتزام بسبب لا يرجع إليه [4].

ولا يختلف الأمر بالنسبة لقانون ٥ فبراير ١٩٧٦ الخاص بالعقود الاقتصادية الدولية. فنجد أولاً، المادة ٢٩٣ منه تتحدث صراحة عن آثار استحالة التنفيذ على العقد نفسه. ونجد ثانياً الفصل الثاني من هذا القانون والمعنون « الإبراء من الآثار القانونية لفسخ العقد ». ويعالج فيه المشرع الألماني عدم مسئولية المدين عن النتائج المترتبة على فسخ

---

(١) انظر،

TREILLAND (J.), De la suspension des contrats, in " La tendence à la stabilité du rapport contractuel "étude de droit privé, sous la direction de Paul DURAND, LGDJ, 1960, p. 59.

(٢) انظر،

VAN OMMESLANGHE (P.), Op. cit., p. 38.

(٣) انظر،

LESGUILLONS (H.) , Op. cit., p. 525.

(٤) انظر

LE ROY (D.), Op. cit., p. 628 ;

وانظر أيضاً . د. عبد الوهاب علي بن سعد الرومي، الاستحالة وأثرها في الالتزام العقدي، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني رسالة، القاهرة، ١٩٩٤، ص ١٩٤.

العقد بسبب القوة القاهرة [1].

ويقضي القضاء الإيطالي أيضاً بفسخ العقد تطبيقاً لنظرية Presuposizione . وهي نظرية قضائية تواجه حالة عدم تحقق شيء افترض الأطراف وجوده عند إبرام العقد وكان هذا الشيء هو أساس دخول الأطراف في التعاقد أو حالة تحقق هذا الشيء ولكن ليس بالشكل المتفق عليه في العقد [2].

وتنص المادة ٢٣٥ من القانون المدني الروسي على فسخ العقد وانقضاء مسئولية المتعاقدين إذا أصبح التزام المدين مستحيل التنفيذ بسبب حادث تتوافر فيه خصائص القوة القاهرة [3]. و كانت تنص علي نفس الأثر الشروط العامة للتسليم في الدول الاشتراكية C .A. E. M .C. G. L. الصادرة في مايو ١٩٦١، إعمالاً لأحكام المادة ٢/٧١ منها؛ إذ كانت تتطلب في الحدث شرط استقلال الحدث، وعدم التوقع واستحالة الدفع [4]. ونفس الأمر نجده في الشروط العامة للتسليم الصادرة عام ١٩٦٨ حيث تنص المادة ٢٩٨ منها علي ألا يسأل المتعاقدون عن عدم التنفيذ الجزئي أو الكلي للالتزامات عندما يرجع عدم التنفيذ إلى حادث القوة القاهرة [5].

وأثر القوة القاهرة منصوص عليه أيضا في قانوننا المدني، حيث تنص المادة ٢/١٦٥

---

(١) انظر في ذلك،

ENDERLEIN (F.), La réglemantation juridique des rélations économiques internationalles en R.D.A, JDI, 1977, p. 390 ; COHN (E. - J.), Manual of German law, Londres 1968, Oceana publication, vol.1, n° 225.

ونصوص هذا القانون واردة في،

JDI, 1977, p. 418 et s.

(٢) انظر في هذا المعنى،

PHILIPPE (D.), Art., citée, p. 208 ; BARBIERI (J.- J.), Op. cit., p. 438 ; COURTOIS (H.), Rapports nationaux, Italie, in " Le contrat économique international, stabilité et évolution", Travaux de VII es journées d' études juridiques DABAN (J.), 1975, p. 106.

(٣) انظر في هذا المعنى،

SOKOLOW (F.), La force majeure dans les contrats entre sociétés occidentales et centrales commerciales soviétiques, Dr. prat. com. int., 1978, p. 324.

(٤) انظر،

LESGUILLONS (H.), Op. cit., Lamy, art. 391.

(٥) انظر،=

على أن « إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه، كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو خطأ من المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك »[1]. وبدوره يطبق القضاء المصري هذا الأثر للقوة القاهرة[1].

وعلى الرغم من أن القانون الإنجليزي " Common Law" يميز في تطبيق نظرية "Frustration" بين الفروض التي يكون فيها استحالة مطلقة في تنفيذ الالتزام " impossibility of performance" وبين الفروض التي يستحيل فيها تحقيق الغرض الاقتصادي للعقد "Frustration of purpose"[3]، إلا أن القضاء الإنجليزي يرتب نتيجة واحدة عند حدوث أي منهما وهي انقضاء العقد. فكما يقول الأستاذ « إيلاند» "ELLAND" « يُفسخ العقد من تاريخ حدوث "Frustration" وتنتفي كل مسئولية للأطراف تنشأ بسبب عدم تنفيذه »[4]. وبالتالي فإن « Frustration تؤدي إلى الفسخ التلقائي والحال للعقد»[5].

والجدير بالذكر أن غياب مسئولية المتعاقدين نتيجة لتطبيق هذا النظرية يأتي

= LE ROY (D.), Op. cit., p. 601 ; DERMAN, Force majeure and the demial of anexport licence under sowviet law ralelz, 1959, p. 249.

ونصت التعديلات الجديدة لهذه الشروط على نفس الأثر للقوة القاهرة. انظر في هذه التعديلات،

GLISON (B.), Les revisions de 1975 - 1979 de C.G.L. C.A.E.N, JDI, 1985, p. 415.

(١) وانظر أيضاً، المواد، ٢١٥، ١٦٥، ٢/٦٧٣ مدني.

(٢) انظر في ذلك،

MABROUK (R.), Op. cit., p. 321.

(٣) انظر في تفصيل هذه الفروض،

LESGUILLONS (H.), Op. cit., Lamy, art. 394 et 395; LE ROY (D.), Op. cit., p. 52 - 56 ; VAN OMMESLAGHE (P.), Op. cit., p. 16 ; PHILIPPE (D.), Op. cit., p. 203.

وانظر أيضاً، د. مصطفي البنداري، الانحراف عن خط السير في القانون البحري، رسالة، جامعة المنصورة، ١٩٩٣، ص ٢٤٠.

(٤) انظر،

ELLAND - GOL DEMITH, Les principes généraux du droit Anglais des contrats et les operations internationalles, Dr. prat. Com. int., 1980, p. 480.

(٥) انظر،

LESGUILLONS (H.), Op. cit., p. 396 ; PHILIPPE (D.), Op. cit., p. 204.

نتيجة غير مباشرة لتطبيقها. فكما لاحظ اللورد سيمونل SIMONL أنه " عندما تتوافر شروط تطبيق Frustration فهى لا تمد أو تزود أحد المتعاقدين بوسيلة دفاع في الدعوى التي يقيمها الطرف الآخر، ولكنها تهدم العقد نفسه وتحرر المتعاقدين من مسئوليتهم من الوقت الذي تنشأ فيه »[١].

وهذه النتيجة تجد تفسيرها في الأساس القانوني الذي تقوم عليه نظرية " frustration". فالنظرية لم تأت لإنقاذ أحد الأطراف تحت اسم العدالة من الموقف الذي سببته التغيرات في الظروف والذي جعله في موضع استحالة مطلقة في تنفيذ التزامه أو جعل الاستمرار في تنفيذ العقد يسبب له خسارة شديدة، ولكنها جاءت لوضع نهاية تلقائية للعقد إذا أدت هذه التغيرات إلى تعديل في طبيعته[٢]. و بمعني آخر، وكما يقول الأستاذ « فيليب » M. PHILIPPE ، إن هذه النظرية «لا تقوم على حسن النية بل تجد أساسها في فقد التزامات الأطراف لكل معنى لها بحيث لم يعد من المقبول تنفيذها»[٣]. ولهذا فإن انتفاء مسئولية المتعاقدين يأتي نتيجة غير مباشرة لانقضاء العقد.

---

(١) انظر كلام هذا اللورد في قضية

Joseph Constantine Steanship Line Ltd. V. Imperial Smelting Corporation ltd., 1952, Appeal Cases, 154 - 163.

(٢) انظر في هذا المعني،

VAN OMMESLAGHE (P.), Op. cit., p. 18.

(٣) انظر،

PHILIPPE (D.), Op. cit., p. 203.

والجدير بالذكر أن هذا الأساس القانوني لهذه النظرية هو الذي يفسر الأحكام التي أصدرها القضاء الإنجليزي في القضايا التي أثيرت بسبب تحول التجارة من طريق قناة السويس إلى رأس الرجاء الصالح. بعد حرب ١٩٦٧، في معظم هذه القضايا رأى هذا القضاء أن تحول الطريق جعل تنفيذ التزامات الناقلين أكثر تكلفة وإرهاقاً، ولكن لم ككن يتعلق الأمر بتغيرات جذرية في الظروف أدت إلى تغير طبيعة العقد ولم يطبق القضاء نظرية " - Frustr tion ". هذا باستثناء القضايا التي اتفق فيها الأطراف صراحة على أن يتم النقل عن طريق قناة السويس. فقد قدر القضاء الإنجليزي في هذه القضايا أن تحديد طريق معين يتم النقل خلاله أمر يعبر عن اتجاه إرادة الأطراف إلى أن يتم النقل بهذا الطريق فقط دون سواه ، وعدم تحقق هذا الأمر بعد ذلك يعني أن طبيعة العقد قد تغيرت. فالنقل عن طريق قناة السويس يختلف عن النقل عن طريق رأس الرجاء الصالح. انظر في تفصيل هذه القضايا ورأي القضاء الإنجليزي في كل منها،

VAN OMMESLAGHE (P.), Op. cit., p. 18 et s.

وانظر أيضاً ، د. مصطفي البنداري، رسالة سابقة، ص ٢٤٤.

ونفس الفكرة السابقة والتي يرتبها القضاء الإنجليزي تنص عليها أيضاً المادة ٢٨٨ من Restatement of contracts الأمريكي. أما قانون التجارة الأمريكي الموحد، فهو يخالف ذلك حيث تنص المادة ٢ - ٦١٥ منه على غياب مسئولية المدين بسبب وقوع حدث يستجمع خصائص القوة القاهرة [١].

---

(١) انظر في ذلك،

LE ROY (D.), Op. cit., p. 630.

المطلب الثاني
انفساخ العقد وانتفاء مسئولية المدين بسبب القوة القاهرة في قرارات التحكيم وقانون التجارة الدولية

٣٩- يختص قضاء التحكيم بالفصل في آثار القوة القاهرة في فروض معينة. وفي هذه الفروض يُظهر هذا القضاء تشدداً كبيراً تجاه فسخ العقد بسبب حالة القوة القاهرة.

وسوف نبين في هذا المطلب الحالات التي يختص فيها قضاء التحكيم بالفصل في آثار القوة القاهرة، وعرض لهذه الآثار في بعض قرارات التحكيم الصادرة في هذا المجال، وفي الاتفاقيات والشروط العامة والعقود النموذجية المتعلقة بعقود التجارة الدولية.

٤٠- أولاً : اختصاص قضاء التحكيم بالفصل في آثار القوة القاهرة :

يستمد المحكم اختصاصه بالفصل في آثار القوة القاهرة من نص أدرجه الأطراف في العقد، أو من مشارطة لاحقة، أو من شرط تحكيم عام يسند بمقتضاه الأطراف إلى هيئة التحكيم الفصل في كل نزاع ينشأ بينهم أثناء تنفيذ العقد ومن بينها النزاعات المتعلقة بعدم التنفيذ بسبب القوة القاهرة.

وفي الفرض الذي يتحدد فيه الاختصاص بمقتضى نص خاص في العقد، قد يأخذ اتفاق الأطراف إحدى صورتين: في الصورة الأولى يُقصر الأطراف مهمة هيئة التحكيم في إعلان فسخ العقد بسبب الاستحالة الناتجة عن حادث القوة القاهرة. مثال ذلك الشرط الذي ينص على أنه « إذا استمر التأخير بسبب القوة القاهرة أكثر من ٨ أشهر، يحق للطرف المضرور - إذا لم يتم اتفاق بين الأطراف - أن يطلب فسخ العقد من هيئة التحكيم »[1]. وكذلك الذي ينص على أنه « إذا حدثت قوة قاهرة وترتب عليها تأخير أكثر من ٦ أشهر، يقوم الطرفان بالتشاور حول الإجراءات الواجب اتخاذها. وإذا لم يحدث اتفاق بينهما، فإن لكل من الطرفين أن يطلب فسخ العقد بطريق التحكيم »[2].

وفي الصورة الثانية لا يحدد الأطراف مهمة هيئة التحكيم بفسخ العقد ولكن

---

(١) شرط مشار إليه في،
FONTAINE (M.), Op. cit., p. 231.

(٢) شرط مشار إليه في، KAHN (PH.), La force majeure., Op. cit., p. 482.

يتركون لها الحرية لتتخذ ما تراه مناسباً لظروف الدعوى. وقد تصل الهيئة بدورها إلى فسخ العقد أو إلى أي إجراء آخر مثل الوقف. ومثال ذلك الشرط الذي اتفق فيه الأطراف على أنه « إذا استمرت القوة القاهرة أكثر من ٤ أشهر، فإن المشتري والبائع يمكنهم الوصول لاتفاق جديد بهدف اتخاذ إجراءات جديدة تكون أكثر مناسبة لتحقيق هدف العقد. وإذا لم يتوصلا لاتفاق أو حل بعد شهرين، يحال الأمر إلى التحكيم التجاري الدولي» [١].

وقد يستمد قضاء التحكيم اختصاصه من شرط تحكيم عام أورده الأطراف في العقد أو في مشارطة تحكيم مستقلة لفض كل نزاع قد ينشأ بينهم، وليس فقط النزاع المتعلق بعدم التنفيذ الراجع للاستحالة. وغالبية عقود التجارة الدولية تتضمن مثل هذا الشرط [٢]. وتفسر قرارات التحكيم تضمين العقد شرط تحكيم أو إلحاقه بمشارطة تحكيم على أنه يلزم الأطراف بالالتجاء إلى قضاء التحكيم في حالة اختلافهم في مصير العقد في حالة تأثره بحالة القوة القاهرة، وليس مجرد اختيار يمكن أن يفضلوا عليه الفسخ التلقائي للعقد دون الرجوع إلى التحكيم. وهذا التفسير يعكسه جيداً موقف هيئة التحكيم في قرارها السابق في القضية رقم ٢٤٧٨. ففي غياب تنظيم اتفاقي لما ستسفر عنه إعادة التفاوض بين الأطراف، وبصفة خاصة في حالة عدم الوصول لاتفاق، لم تسمح المحكمة لأي من الأطراف أن يلجأ إلى الفسخ بإرادته المنفردة. وقد بنت الهيئة قرارها على أن العقد يحتوي على شرط تحكيم عام يجبر الأطراف على اللجوء إليه في حالة الخلاف. وتقول هيئة التحكيم في ذلك : « ...... وعلاوة على ذلك، فإن الملحق (٣) لا يعطي للأطراف حقاً تلقائياً في فسخ العقد في حالة فشل المفاوضات. وكان على المدعي عليها أن تلجأ إلى التحكيم إذا ارتأت أن رفض الطرف الآخر للثمن الجديد الذي اقترحته لم يكن مُبرراً .... » [٣].

---

(١) مشار إليه في،

FONTAINE (M.), Op. cit., p. 230 .

(٢) انظر في هذا المعنى، LEBOULANGER (PH.), Op. cit., p. 230.

(٣) قرار تحكيم غرفة التجارة الدولية ، القضية رقم ٢٤٧٨، لسنة ١٩٧٤، مشار إليه سابقاً، المجموعة، ص. ٢٣٤. في هذه القضية اقترح أحد الأطراف بقاء العقد كما هو مع تعديل في الثمن، ولم يوافق الطرف الآخر على هذا الاقتراح وفسخ العقد بإرادته المنفردة.

٤١- ثانياً : تطبيقات انتفاء مسئولية المدين وفسخ العقد بسبب القوة القاهرة في قرارات التحكيم والقواعد الموضوعية للتجارة الدولية :

١- قرارات التحكيم :

عدم قيام مسئولية المدين عن عدم تنفيذ التزاماته بسبب وقوع حدث تتوافر فيه خصائص القوة القاهرة أمر تتواتر عليه قرارات التحكيم التجاري الدولي [١]، وإن كانت بعض هيئات التحكيم تعبر عن هذا الأثر بإعفاء المدين من التعويض عن عدم التنفيذ.

أما بالنسبة لانفساخ العقد فيجب أن نفرق بين فرضين : الفرض الأول يحدد فيه الأطراف مهمة هيئة التحكيم في إعلان فسخ العقد. وعلى الرغم من بساطة هذا الفرض. إلا أنه يثير التساؤل حول سلطة الهيئة في الحكم بأمر آخر غير الفسخ. أو بمعنى آخر هل يلتزم المحكمون بتنفيذ رغبة الأطراف والحكم بإنهاء العقد، أم على العكس يستطيع المحكم أن يأمر بالاستمرار في العقد أو بوقفه مدة معينة ؟

تتفق غالبية فقه التجارة الدولية على أن المحكم في مثل هذه الحالة يجب أن يلتزم بما صاغه الأطراف من أحكام و يقتصر دوره على إعلان الفسخ [٢]. فمادام الأطراف قد عبروا بشكل صريح عن رغبتهم في فسخ العقد، فإن لجوءهم إلى التحكيم يفسًر على أن طريق التحكيم يعد في وجهة نظرهم الوسيلة الأكثر مناسبة لتصفية العلاقة بينهم، ولا يترجم على أنه يعطي للمحكمين سلطة اتخاذ قرار آخر غير الفسخ حتى ولو كان أكثر مناسبة لمصالح الأطراف وظروف الدعوى [٣]، وتكون مهمة التحكيم في الحقيقة قد اقتصرت على التحقق من توافر شروط القوة القاهرة.

أما في الفرض الثاني الذي يترك فيه الأطراف الحرية لهيئة التحكيم تتخذ ما تراه

---

(١) انظر في ذلك،

CAPATINA (O.), Doctrine et pratique du droit socialiste roumaines en matière de contrat international, in " Le contrat économique international, Stabilité et évolution, op. cit., p. 239 ; KAHN (Ph.), Force majeure et contrats internationaux., op. cit., p. 480.

(٢) انظر في هذا المعنى،

FONTAINE (M.), Op. cit., p. 204.

(٣) في هذا المعنى،

KAHN (PH.), Op. cit., p. 483.

مناسباً في حالة عدم وصولهم إلى اتفاق، سواء بفسخ العقد أو اتخاذ أي إجراء آخر، وكذلك في الفرض الذي يلجأ فيه الأطراف إلى هذا القضاء بمقتضى شرط أو مشارطة تحكيم، فإن المحكمين يظهرون تشدداً كبيراً في السماح بفسخ العقد بسبب حالة القوة القاهرة. وهذا الانطباع يعكسه بشكل واضح مضمون قرارات التحكيم الصادرة في هذا الصدد. وتتجلى مظاهر هذا الاتجاه في التقدير المتشدد لشروط إعمال القوة القاهرة من جانب قضاء التحكيم وتوصله في معظم الحالات إلى رفض التمسك بها لعدم توافر شرط أو أكثر من الشروط المتطلبة [1].

بيد أن هذه الشدة التي يبديها قضاء التحكيم في قبول فسخ العقد بسبب القوة القاهرة، لا تمنعه من الحكم بانقضاء العقد إذا توافرت شروط التطبيق بالقدر وبالنطاق المتطلب، وخاصة إذا وجد المحكم أن الاستمرار في تنفيذ العقد لم يعد ممكناً وأن الأطراف أمام استحالة مطلقة تمنعهم كلية من التنفيذ. وهذا يترجمه مثلاً قول هيئة التحكيم « .... وهذا الحظر يعتبر أمر لا يمكن تفاديه أو مقاومته لأن الشركة لا تستطيع التغلب عليه إلا بأحد طريقين: إما أن تعصي الأمر وتستمر في تنفيذ العقد، أو ترفع دعوى أمام القضاء لإلغاء هذا القرار، وكلا الأمران غير ممكن» [2].

٢- القواعد الموضوعية للتجارة الدولية :

تؤكد اتفاقيات التجارة الدولية انتفاء مسئولية المدين وفسخ العقد أثر حالة وقوع حالة القوة القاهرة. وتطبيقاً لذلك تعالج اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولى (فيينا ١٩٨٠) في المادة ١/٧٩ منها أثر القوة القاهرة بقولها : « لا يسال أحد الطرفين عن عدم تنفيذ أى من التزاماته، إذا اثبت أن عدم التنفيذ كان بسبب عائق يعود إلى ظروف خارجة عن إرادته » [3]. ونفس الأمر نجده في المادة ٧٤ من القانون الموحد للبيع الدولي للمنقولات

---

(١) انظر على سبيل المثال، قرار تحكيم غرفة التجارة الدولية، القضية رقم ٣٠٩٢/٣١٠٠ لسنة ١٩٧٩، وارد في، المجموعة الأولى من قرارات التحكيم، ص ٣٦٧، ملحوظة الأستاذ « ديران » (.DERAINS (Y .

(٢) قرار التحكيم الصادر بجلسة ٢٤ يوليو ١٩٨٥، مشار إليه في، د. محيى الدين إسماعيل علم الدين، منصة التحكيم الدولي، الجزء الأول، مطابع العناني، ١٩٨٦، ص ٢٢٤.

(٣) المادة ٧٩ من الاتفاقية، الفصل الرابع « الإعفاءات ». والجدير بالذكر أن الفقرة الخامسة من هذه المادة تنص على أنه « ليس في هذه المادة ما يمنع أحد المتعاقدين من استعمال أى من حقوقه الأخرى خلاف طلب التعويضات وفقاً لأحكام هذه الاتفاقية ». ولهذا يرى الأستاذ الدكتور محسن شفيق أن الإعفاء المقرر في الفقرة الأول من هذه المادة يقتصر فقط على التعويض وحده ولا يمتد إلى التزام في حد ذاته. ويترتب على ذلك أنه يجوز للدائن أن

المادية (لاهاى ١٩٦٤)، حيث تنص في فقرتها الأولى على أنه « لا يُسأل الطرف عن عدم تنفيذ أي من التزاماته، إذا أثبت أن عدم التنفيذ يرجع إلى ظرف لم يكن ملزماً أن يأخذه في اعتباره، وفقاً لنية الأطراف، وقت إبرام العقد، أو يتجنبه أو يتخطاه . . . " [١].

ونفس الأمر في الشرط النموذجي الذي أعدته غرفة التجارة الدولية للقوة القاهرة، فتنص الفقرة الأولى من البند الأول من هذا الشرط على أن : « لا يعتبر الطرف مسئولاً عن عدم تنفيذ أي من التزاماته بالقدر الذي يثبت فيه أن عدم التنفيذ يرجع إلى عائق مستقل عن إرادته، وأنه لم يكن من المعقول أن يتوقعه أو يتوقع نتائجه على موقفه في تنفيذ العقد لحظة إبرامه، وأنه لم يكن من المعقول أن يتجنبه أو يتخطاه أو على الأقل يتجنب أو يتخطى نتائجه » [٢]. أما بالنسبة لفسخ العقد، فينص البند الثامن من الشرط على أنه « إذا امتدت القوة القاهرة مدة أطول من المدة المنصوص عليها من الأطراف، أو في حالة غياب مثل هذا النص، امتدت أزيد من المدة المعقولة، فللأي من الطرفين فسخ العقد بشرط إعلان الطرف الآخر » [٣].

وتسير مبادئ Unidroit على نفس نهج اتفاقيات التجارة الدولية فيما يتعلق بأثر القوة القاهرة. فتنص الفقرة الأولى من المادة ٧-١-٧ من هذه المبادئ على أن : « لا يسأل المدين عن نتائج عدم التنفيذ إذا أثبت أن عدم التنفيذ يرجع إلى عائق يفلت من رقابته وأنه ليس من المعقول أن ننتظر منه أن يأخذه في اعتباره لحظة إبرام العقد، أو أن يتجنبه أو يتخطاه أو يتجنب أو يتخطى نتائجه « . وتنص الفقرة الرابعة من هذه المادة على أنه « لا تمنع نصوص هذه المادة، الأطراف من أن يمارسوا حقوقهم في فسخ العقد أو وقف تنفيذ التزاماتهم .... » [٤].

يستعمل باقى حقوقه الأخرى ماعدا المطالبة بالتعويض، لأن المدين لا يسال عنه وفقاً للفقرة الأولى من هذه المادة.=
=انظر، د. محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع، مرجع سابق، بند ٣٤٢، ص ٢٥٤.

(١) المادة ٧٤ من القانون الموحد للبيع. الفصل الثاني « الإعفاءات.

(٢) البند الأول من الشرط، « الإعفاء من المسئولية « ، منشورات غرفة التجارة الدولية، المنشور رقم ٤٢١ لسنة ١٩٨٥.

(٣) البند الثامن من الشرط، « أثر أسباب الإعفاء من المسئولية «.

(٤) المادة ٧ – ١- ٧ « القوة القاهرة » من مبادئ اليونيدرواى UNIDROIT، مايو ١٩٩٤.=

المبحث الثاني
الالتزام بإعادة التفاوض كنتيجة
لتطبيق شرط « إعادة التفاوض »

٤٢- يعتبر الالتزام بإعادة التفاوض الذي يفرضه شرط « إعادة التفاوض » Hardship الخصيصة الرئيسية لهذا الشرط، والتي تمكنه من الحفاظ على بقاء واستمرار العقد، و تميزه عن بعض الآليات الأخرى التي قد يستخدمها الأطراف لتعديل العقد.

وسوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نعالج في الأول ماهية الالتزام بإعادة التفاوض، ونبين في الثاني كيف يميز هذا الالتزام شرط إعادة التفاوض « Hardship عما يختلط به من شروط.

المطلب الأول
واجب إعادة التفاوض

٤٣- نتناول في هذا المطلب مسالتين: الأولى هى تحديد مضمون هذا الواجب، والثانية هى جزاء مخالفته.

٤٤- أولاً : مضمون الالتزام بإعادة التفاوض :

عندما يُدرج شرط "إعادة التفاوض" Hardship في العقد، فإنه، كما أوضحنا سابقاً، يسمح بمراجعة العقد عندما يؤدي تغير الظروف إلى تعديل أساسي في توازن الأداءات العقدية [١]. ولذا فإن وجود مثل هذا الشرط يقدم ميزتين : أولاً، فهو يسمح للأطراف بالاقتراب بشكل مرن وبحسن نية لإيجاد حل مناسب لمعالجة النتائج الضارة التي سببها تغير الظروف، وثانياً، يعطي للعقد فرصة للاستمرار والبقاء عن طريق تعديل أحكامه [٢].

وحتى يمكن للشرط أن يحقق الدور المطلوب منه، فإنه يفرض علي عاتق الأطراف التزاماً بإعادة التفاوض [٣]. فمتي وقع حادث Hardship، فإن الالتزام الرئيسي الذي يفرضه تطبيقه هو جلوس الأطراف إلى مائدة التفاوض، وبالتالي فإن إعادة التفاوض تعتبر خصيصة أساسية للنظام القانوني للشرط [٤]. ويحرص القضاء على إبراز هذه الخصيصة دائماً. وتطبيق ذلك نجده في حكم محكمة استئناف باريس في قضية E.D.F./ SHELL. وتتمثل وقائع القضية في أن شركة Shell أبرمت مع شركة E.D.F. عقد توريد Fuel-oil طويل المدة بغرض الحصول على ثمن أفضلية. وقد

---

(١) انظر،

OBEID (G.), Op. cit., p. 254.

(2)ULLMANN (H.), Op. cit., p. 899.

(3)OPPELIT (B.), L'adaptation des contrats internationaux aux changements des circonstances, op. cit., p. 806.

(٤) انظر،

EL - MAHI (H.), La clause de Hardship, Rev. des recherches Juridiques & Economiques, Université de Mansoura, Faculté de droit, n° 15, avril 1994, p. 88 ; PAULSSON (J.), L'adaptation du contrat, in " L'arbitre et le contrat "Op. cit., p. 251

احتوى العقد على شرط ينص على أنه» ... سوف يفحص الأطراف التعديلات الواجب إدخالها على العقد سواء فيما يتعلق بالثمن أو بأى شرط آخر، إذا ورد على fuel-oil ارتفاع في الثمن اكثر من ٦ فرنكات بالمقارنة بالقيمة الأصلية «.. وفي تفسيرها للشرط ارتأت المحكمة أن الأطراف لم يرغبوا في وضع نهاية لعقدهم بل رغبوا في تعديله وفقاً للظروف الجديدة حفاظاً عليه. ولذا فإن المحكمة دعت الأطراف إلى التفاوض وعينت مراقباً مكلفاً منها لمتابعة هذه المفاوضات ولإعداد تقرير يقدمه لها في حالة فشل هذه المفاوضات[١].

٤٥- ولتأمين عملية دخول الأطراف في التفاوض، فإن وقوع حادث الـ Hardship يخلق نوعين من الالتزامات المتقابلة :

(١) فيفرض أولاً على المضرور من وقوع الحدث التزاماً بإخطار المتعاقد الآخر بوقوع الحادث ونطاقه وآثاره على تنفيذ العقد. ويمثل هذا الإخطار نقطة البدء في عملية التفاوض وهو الذي يسمح للطرف الآخر بأن يلبي الدعوة بالدخول في التفاوض. وفي غالبية الحالات يتفق الأطراف على أن يتم هذا الإخطار في أقرب وقت ممكن[٢]، أو في مدة محددة يتفقون عليها[٣].

(٢) وفي المقابل يفرض ثانياً على المتعاقد الآخر التزاماً بالدخول في التفاوض. فوجود الشرط يلزم الأطراف بأن يتقابلوا للمناقشة والتفاوض بحسن نية في إمكانية تعديل العقد لتتمشى أحكامه مع الظروف الجديدة. ورفض أحد الأطراف الدخول في هذه المناقشات يعد تجميداً للدور الذي يلعبه الشرط ويجيز للطرف الأخر أن يطالب بتعويض

---

(١) انظر،

Cour d'appel de paris 1ère ch., 28 September 1976, Rev. arb., 1977, p. 341et s

وانظر في التعليق على هذا الحكم

OPPETIT (B.), Arbitrage juridictionnel et arbitrage conventionnel: À propos d'une juris-prudence récente, Rev. arb., 1977, p. 315et s .

(٢) انظر .

CABAS (F.), Op. cit., p. 88.

(3)Ibid

الضرر الذي أصابه من جراء ذلك[1].

والجدير بالذكر أن الرفض غير المقبول من أحد المتعاقدين للدخول في التفاوض هو الرفض غير المبرر. ويُقصد بالرفض المبرر هنا أن يكون لدى هذا المتعاقد أسباب مقبولة تمنعه من تلبية رغبة الطرف الآخر. ويتحقق ذلك إذا توافر لدى هذا المتعاقد أسباب جدية تفيد عدم توافر خصائص شرط « إعادة التفاوض » Hardship في الحدث الذي وقع، بأن كان متوقع الحدوث، أو أن هذا الحدث أدى فقط إلى زيادة التكلفة دون أن يقلب توازن العقد رأساً على عقب كما يتطلب الشرط. ففي هذه الفروض يجوز لهذا المتعاقد أن يمتنع عن الدخول في التفاوض لحين الفصل في مدى توافر هذه الخصائص من عدمه. أما الممنوع عليه هو أن يمتنع عن الدخول في التفاوض مع تسليمه بتوافر هذه الخصائص بحجة أن العقد لا يضر كثيراً بمصالحه، ولذا ليس هناك فائدة من إعادة التفاوض بالنسبة له.

٤٦- والواقع أن حل هذه المشكلة يتوقف بالدرجة الأولى على اتفاق الأطراف وعلى ما أوردوه في عقدهم من أحكام. فإذا حدد الأطراف بدقة طبيعة هذه الأحداث والخصائص اللازم توافرها لوصفها بالـ Hardship، فلا تثور مشكلة كبيرة في حسم النزاع. ومثال هذا التحديد نقابله في العقد الذي ربط بين شركة E.D.F بشركة Shell سابق الإشارة إليه. ففي هذا العقد اتفق الطرفان على أنهما سيتقابلان لمناقشة مراجعة العقد لو أن «Fuel - oil» ورد عليه ارتفاع في الثمن أكثر من ٦ فرنكات بالمقارنة بالقيمة الأصلية»[2]. والأمر على خلاف ذلك، إذا استخدم الأطراف تعبيرات عامة وغامضة في عقدهم تسمح بإثارة الجدل بين الأطراف حول مفهومها. ومن أمثلة هذا النوع من الشروط ذلك الذي اتفق فيه الأطراف على أنه « في حالة وقوع تعديلات أساسية في الظروف تفرض على الأطراف عبئاً غير عادل يُنتج من هذا البروتوكول، فسوف يتشاور الأطراف بغرض إيجاد تعديل مناسب وعادل لهذا الاتفاق »[3]، وكذلك الشرط الذي يصف الأحداث التي تثير شرط « إعادة التفاوض» Hardship بأنها » كل الوقائع التي يمكن أن تضع عقبة في

---

(1)FABRE (R.), Les clauses d'adaptation dans les contrats, op. cit., p. 91.

(٢) مشار إليه سابقاً، بند ٤٤.

(٣) شرط مشار إليه في،

PHILIPPE (D.), Op. cit., p. 245.

سبيل النهاية الحسنة للصفقة »[1].

وفي بعض الشروط يحرص الأطراف على تحديد الوسيلة التي يمكن بها فض هذا الخلاف الذي قد ينشأ بينهما، كما في الشرط الذي يحدد أنه « ... في حالة غياب اتفاق الأطراف على مبدأ المراجعة، فإن المسألة تخضع للتحكيم، بناءً على طلب الطرف صاحب المصلحة. والمحكمون سوف يقررون ما إذا كان هناك محل للمراجعة »[2]. وفي بعض الشروط يتفق الأطراف على تعيين خبير يسند إليه مهمة تحديد طبيعة الظروف التي حدثت. وهذا يوضحه الشرط الذي ينص على أنه « ... في حالة غياب اتفاق، فإن كل طرف سوف يعين خبيراً اقتصادياً يفحص ما إذا كانت المزايا التي يقدمها هذا الاتفاق قد تغيرت بطريقة أساسية نتيجة لوقوع حدث غير متوقع »[3]. أما إذا لم يحدد الأطراف الحل الذي يجب اتباعه في هذا الحالة، فإن اللجوء إلى التحكيم سيكون هو الحل الأكثر استعمالاً في هذه الحالة خاصة إذا كان العقد يحتوي على شرط عام للتحكيم كما هو الغالب في العقود.

وفي الفروض التي يحدد فيها الأطراف بدقة حالات مراجعة العقد، وكذلك في الفروض التي يتوصل فيها المحكم أو الخبير إلى توافر شروط الـ Hardship، فلا يحق لأي من الأطراف أن يمتنع عن الدخول في التفاوض، ولن يكون الرفض في هذه الحالة مبرراً وسيحرك مسئولية صاحبه. بل ذهب البعض إلى أن " رفض المتعاقد الدخول في التفاوض في هذه الحالة يتشابه بالتصرفات التي يقوم بها بسوء نية أثناء عملية التفاوض»[4]. فمشابهة رفض الدخول في التفاوض بغياب حسن النية أثناء عملية التفاوض نفسها، توضح مدى الأهمية التي يعطيها الفقه لواجب الدخول في التفاوض.

وعلى الرغم من أهمية إعادة التفاوض، ليس فقط للحفاظ على العقد، ولكن أيضاً

---

(١) شرط مشار إليه في.

BARBIERI (J. - J.), Op. cit., p. 444.

(٢) شرط مشار إليه في.

CABAS (F.), Op. cit., p. 100.

(٣) مشار إليه في.

PHILIPPE (D.), Op. cit., p. 245 ; FONTAINE (M.), Op. cit., p. 266.

(٤) انظر.

CABAS (F.), Op. cit., p. 91.

لتحديد طبيعة شرط « إعادة التفاوض Hardship» وتفرده عن غيره من الشروط، فإنه من النادر أن يوليه الأطراف أهمية كبيرة بالنص عليه في اتفاقهم. فالصياغات الواردة في الشروط التعاقدية لا تعكس كلها أهمية هذا المبدأ. فإذا كان بعض هذه الشروط يوضح جيداً مضمون هذا الالتزام بالنص على أن "يجب أن يتفاوض doit négocier"، فإن بعضاً منها يمكن تفسيره على أنه يعطي الحق للمتعاقد في أن يرفض هذا الالتزام حيث يستخدم الأطراف مصطلح "يمكن أن يتفاوض peut négocier"[1].

وفي بعض الشروط يعبر الأطراف عن هذا الواجب بقولهم « في حالة وقوع تغيرات كبيرة في الظروف يمكن أن تؤثر على النظام المالي ......، فمن المناسب أن يتقابل المشتري والبائع في أقرب وقت ممكن " L'acheteur et le vendeur conviennent de se rencontrer" بغرض دراسة أثر التغيرات......»[2]. وقد يستخدمون عبارة أكثر عمومية من ذلك بقولهم « في حالة وقوع تعديلات أساسية في الظروف.....، فإن على الأطراف أن يتشاوروا les parties se consulteront بغرض إيجاد تعديل مناسب لهذا العقد »[3].

وفي شروط أخرى قد لا يشير الأطراف إلى واجب إعادة التفاوض ويكتفون بالاتفاق على أنه « في حالة وقوع أحداث غير متوقعة.... فإن على الأطراف أن يتفقوا à se mettre d'accord على تعديل الثمن.... »[4].

٤٧- وأياً كانت الصيغة التي يستخدمها الأطراف للتعبير عن هذا الالتزام، فإنه لا يمكن تفسيرها على أنها تعطي للمتعاقد الحق في قبول الدخول في إعادة التفاوض أو رفضه. وفي الواقع، فإن عدم وضوح هذا الأمر إنما يرجع إلى المصطلحات التي يعبر

---

(١) انظر،
ULLMANN (H.), Op. cit., p. 896.

(٢) شرط مشار إليه في
PHILIPPE (D.), Op. cit., p. 246.

(٣) شرط مشار إليه في،
وانظر أيضاً الشروط المشار إليها في Ibid.
FONTAIN (M.), La clause de Hardship, op. cit., p. 31.

(٤) مشار إليه في،
CABAS (F.), Op. cit., p. 259.

بها الأطراف عن إرادتهم في هذا الصدد. فإعادة التفاوض نظام لصيق بشرط « إعادة التفاوض » Hardship ولا يمكن أن يحقق هذا الأخير الهدف منه إلا إذا قبل الأطراف مبدأ التفاوض وأجبروا عليه، وبالتالي لا يمكن القول بأن قصد الأطراف قد اتجه إلي جعل إعادة التفاوض اختيارياً لمتعاقد أو لآخر لأن هذا السلوك سيفرغ الشرط من مضمونه ويمنعه من القيام بدوره الطبيعي.

٤٨- ثانياً : جزاء مخالفة واجب إعادة التفاوض :

يؤدى اختلال توازن العقد إلى تحمل أحد المتعاقدين ضرراً كبيراً خاصة إذا استخدم الطرف الآخر الذي يكون مستفيداً من هذا الاختلال، وسائل تسويفية لرفض المشاركة في إعادة التفاوض أو لتأخيرها [1]. فالبائع في عقد توريد مثلاً من مصلحته طلب إعادة التفاوض والمراجعة السريعة لأحكام العقد إذا حدث ارتفاع كبير في الأسعار لأنه سيتحمل ضرراً كبيراً إذا ظل ملتزماً بتسليم البضاعة محل العقد بثمن أقل من سعرها في السوق. ولكن في الجهة المقابلة، نجد المشتري مستفيداً من تسلم البضاعة بثمن منخفض، ولذا قد لا يكون متحفزاً لإعادة التفاوض في شأن العقد بنفس درجة تحفز البائع، بل وقد يرفض الدخول في عملية إعادة التفاوض. والأمر على عكس ذلك إذا هبطت الأسعار هبوطاً شديداً، فالمشتري في هذه المرة هو الذي سيسعى إلى المراجعة السريعة للعقد وطلب إعادة التفاوض في شأنه.

في مثل هذه الحالات يثور التساؤل عن الوسيلة التي يستطيع بها المتعاقد صاحب المصلحة في مراجعة العقد إجبار المتعاقد الآخر، الذي يرفض الدخول في إعادة التفاوض بدون مبرر، على الجلوس على مائدة التفاوض.

على الرغم من الوصف التعاقدي لشرط « إعادة التفاوض » Hardship، فإن من النادر أن يتفق الأطراف على وسيلة محددة أو جزاء معين يمكن أن ينطبق في هذه الحالة [2]. وفي حالة غياب تنظيم اتفاقي لهذا الجزاء، فإنه من الممكن تخيل جزاءات عديدة يمكن توقيعها على هذا المتعاقد. وبعض هذه الجزاءات يجد أساسه في القواعد العامة

---

(١) انظر في هذا المعنى،

FONTAINE (M.), Op. cit., p. 266.

(٢) انظر،

FONTAINE (M.), Op. cit., p. 267.

والبعض الآخر تُمليه ضرورات التجارة الدولية.

ويمثل الجزاء الذي يجد أساسه في القواعد العامة في حق المتعاقد الآخر في التمسك بالدفع بعدم التنفيذ» Exceptio non adimplei contractus "[1].
والدفع بعدم التنفيذ هو امتناع مشروع عن عدم تنفيذ الالتزام بشكل مؤقت لحين تنفيذ المتعاقد الآخر التزامه[2]. وهو عبارة عن وسيلة تهديد يستخدمها الدائن لإجبار المدين المتقاعس على تنفيذ التزامه[3]، كما أنه يمثل ضمانة للدائن الذي يدفع بعدم التنفيذ إذ يوقف تنفيذ التزامه لحين تنفيذ المدين لالتزامه مما يحميه من إعسار مدينه قبل التنفيذ[4].

ويشترط للتمسك بالدفع بعدم التنفيذ ضرورة توافر التزامات متقابلة في عقد ملزم لجانبين، بمعنى أن يكون التزام كل متعاقد مترتباً على التزام المتعاقد الآخر ومرتبطاً به[5]. وفي ذلك يقول الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري « الفكرة التي بنى عليها الدفع بعدم التنفيذ هى عين الفكرة التي بنى عليها فسخ العقد : الارتباط فيما بين الالتزامات المتقابلة في العقد الملزم للجانبين، مما يجعل التنفيذ من جهة مقابلاً للتنفيذ من جهة أخرى »[6].

ومادامت عقود التجارة الدولية عقوداً تبادلية، ترتب التزامات متقابلة على عاتق

(١) انظر في هذا المصطلح.
CABAS (F.), Op. cit., p. 98 ; FONTAINE (M.) , Op. cit., p. 267.

(٢) د. محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، الجزء الأول، مرجع سابق، بند ٣٦١، ص ٤٥٧.

(٣) انظر، د. حسام الدين كامل الأهواني، مرجع سابق، بند ٥٥٥، ص ٢٩٠.

(٤) مرجع سابق، نفس الموضع

(٥) مرجع سابق. بند ٥٥٨، ص ٢٩١. وانظر في نفس المرجع باقي شروط إعمال هذا الدفع خاصة البنود ٥٥٩ وما يليها.

(٦) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، جـ ١، المرجع السابق. بند ٤٩٣، ص ١٠٠٦. وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية في هذا الصدد: « فمن الأصول التي يقوم عليها نظام العقود الملزمة للجانبين ارتباط تنفيذ الالتزامات المتقابلة فيها على وجه التبادل أو القصاص. فإذا استحق الوفاء بهذه الالتزامات فلا يجوز على ما تقدم أن يجبر أحد المتعاقدين على تنفيذ ما التزم به قبل قيام المتعاقد الآخر بتنفيذ الالتزام المقابل »، مجموعة الإعمال التحضيرية، ٢، ص ٣٣٣. والجدير بالذكر أن شرط الارتباط بين الالتزامات هو شرط جوهري أيضاً لإعمال فكرة الحق في الحبس وفقاً للمادة ١/٢٤٦ مدني، ومع ذلك يبقى الفارق بين هذه الفكرة وبين الدفع بعدم التنفيذ في أن الدفع بعدم التنفيذ=

الطرفين، فإن عدم قيام أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه يعطي الحق للمتعاقد الآخر في أن يتمسك في مواجهته بالدفع بعدم التنفيذ حتى يجبر المتعاقد الآخر على التنفيذ [1].

ويشكك بعض فقهاء التجارة الدولية في وجود هذا التقابل والارتباط بين التزامات المتعاقدين في بعض الحالات [2]. فمن الممكن أن يشكل التزام المتعاقد الذي يرغب في التخلص منه، التزاماً أساسياً في تنفيذ العقد لا يرتبط بالتزام المتعاقد الآخر الذي قد يكون ثانوياً بالمقارنة بالتزام الأول [3]. فإعادة التفاوض كما يمكن أن ترد على الالتزام الأصلي في العقد، كالالتزام بتسليم الشيء المبيع أو الالتزام بدفع الثمن في عقد البيع، يمكن أن ترد أيضاً على التزامات أخرى ثانوية، مثل الالتزام بالصيانة، الالتزام بالنقل بطريقة معينة أو الالتزام بالدفع بعملة محددة [4]. فإذا رفض المتعاقد الدخول في المفاوضات التي تتعلق بأحد هذه الالتزامات الفرعية، فهل يحق للمتعاقد الآخر أن يوقف تنفيذ التزامه بالتوريد أو بالتسليم ؟ هذا من ناحية. ومن ناحية أخرى، لما كان الدفع بعد التنفيذ إجراء يؤدى إلى وقف تنفيذ العقد فترة مؤقتة لحين تنفيذ المتعاقد المتعنت لالتزامه، فإن هذا الإجراء قد يفشل في تحقيق الهدف منه في إجبار المدين على التنفيذ،

=يعد تطبيقاً للحق في الحبس ولكنه متعلق فقط بالعقود الملزمة للجانبين. فنطاق الحق في الحبس أوسع وأشمل من نطاق الدفع بعدم التنفيذ حيث يشمل كل العقود وليس فقط العقود الملزمة للجانبين. وبمعنى آخر عندما نتحدث عن الحق في الحبس في العقود الملزمة للجانبين، فإننا نتحدث عن الدفع بعدم التنفيذ. انظر في ذلك، د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، جـ ١، بند ٤٩٤، ص ٧٣١ ؛ د. حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، بند ٥٦٠، ص ٣٩٣.

(١) في هذا المعنى،

FONTAINE (M.), Op. cit., p. 267.

وينظم قانوننا المدنى الدفع بعدم التنفيذ في المادة ١٦١ حيث تنص على أنه " في العقود الملزمة للجانبين، إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن عدم تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به ". وتأخذ بهذه الفكرة أيضاً بعض القوانين الأخرى، مثل القانون المدني الألماني، قانون الالتزامات السويسري، المشروع الفرنسي الإيطالي، راجع في ذلك، د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، بند ٤٩٣، ص ٧٢٩.

(٢) انظر على سبيل المثال M. FONTAINE ، الذي يشكك في عنصر الارتباط الذي يجمع هذه الالتزامات .
FONTAINE (M.), Op. cit., p. 267, not. 17.

(٣) انظر،

CABAS (F.), Op. cit., p. 98.

(4)Ibid.

فقد يظل المدين على عناده ممتنعاً عن التنفيذ [١]، الأمر الذي يقلل من أهميته. هذا بالإضافة إلى أن وقف التنفيذ قد يكون ضاراً، في بعض الفروض بالمتعاقد الذي يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ، فقد يفضل الاستمرار في تنفيذ العقد مع تحمل بعض الأضرار على أن يوقف تنفيذ العقد كما لو ارتبط العقد بتوريد منتج معين أو مادة أولية معينة يحتكر المورد - الطرف الآخر - توريدها.

وإزاء عدم كفاية هذا الحل، فإن ضرورات التجارة الدولية تتيح حلولاً أخرى يمكن للأطراف أن يلجأوا إليها في هذه الحالة. وقد استخلصت مجموعة الفقهاء، التي رأسها الأستاذ "فونتان" FONTAINE " والتي درست " التعديل الاتفاقي للعقود طويلة المدة" عام ١٩٧٦[٢]، بعض الحلول التي من الممكن أن يتبناها محررو شروط « إعادة التفاوض » Hardship في هذا الصدد.

ويتمثل الحل الأول في اتفاق الأطراف على أنه في حالة عدم قبول أحدهما الدخول في إعادة التفاوض، فإن العقد الأصلي يستمر في السريان [٣]. ومن الواضح أن هذا الحل يعتمد على أمانة المتعاقدين [٤]، حيث يفترض في تطبيقه أن يكون سلوك كل من المتعاقدين مطابقاً لحسن النية والأمانة؛ لأن المتعاقد المستفيد من تغير الظروف والذي يرغب في استمرار تنفيذ العقد بشروطه الأصلية، يمكنه أن يرفض الدخول في إعادة التفاوض ولن يجد الطرف الآخر في هذه الحالة طريقة مناسبة لإجباره على إعادة التفاوض [٥].

والحل الثاني الذي اقترحته المجموعة يتمثل في اتفاق الأطراف على أنه يجوز لأى منهما أن يفسخ العقد بإرادته المنفردة إذا رفض المتعاقد الآخر الدخول في إعادة

---

(١) د. حسام الدين كامل الأهواني، مرجع سابق، بند ٥٧٤، ص ٤٠٢.

(٢) انظر في أعمال هذه اللجنة،

Dr. prat. com. int., 1976, n°1, pp. 7- 49.

(٣) انظر،

FONTAINE (M.), Op. cit., p. 267.

(٤) انظر،

CABAS (F.), Op. cit., p. 102.

(٥) انظر في نقد هذا الحل،

FONTAINE (M.), Op. cit., p. 267 ; CABAS (F.), Op. cit., p. 102.

التفاوض بشرط إخطار المتعاقد الآخر بنيته في فسخ العقد [1]. وعلى الرغم من بساطة هذا الحل، فإنه لا يستحب استخدامه في عقود التجارة الدولية طويلة المدة التي يكتسب تنفيذها أهمية كبيرة وتهدف إلى تحقيق مصالح كبيرة للمتعاقدين. هذا بالإضافة إلى أن هذا الحل يخالف الروح التي يفترض توافرها عند المتعاقدين وقت إبرام العقد. فلماذا يواجهون الفسخ الانفرادي للعقد بينما قد أعلنوا بوضوح، عن طريق إدراج شرط « إعادة التفاوض » Hardship، عن نيتهم في أن يجدوا، باتفاق مشترك، الحلول المناسبة للمشكلات التي تثور أثناء تنفيذ عقدهم. وبمعنى آخر يمكن القول بأن إنهاء العلاقات التعاقدية بالإرادة المنفردة يخالف روح الشرط [2].

أما الحل الثالث فيتمثل في لجوء الأطراف إلى الغير ليقرر ما إذا كان الحدث الذي وقع تتوافر فيه أم لا الشروط التي يتطلبها شرط « إعادة التفاوض » Hardship والتي يلتزم بناءً عليها المتعاقد بالدخول في التفاوض. وهذا الغير تتحدد مهمته وسلطاته وقوة القرارات الصادرة منه باتفاق الأطراف. وقد يكون هذا الغير خبيراً أو وسطياً أو محكماً. ويعد اللجوء إلى التحكيم هو أنسب الطرق التي يمكن تطبيقها في هذا الصدد [3]. ويمكن لهيئة التحكيم أن تأمر المتعاقد بالتنفيذ الجبري للالتزام بأن يجلس إلى مائدة التفاوض، أو أن تأمره بدفع مبلغ نقدي كتعويض للمتعاقد الآخر نتيجة رفضه الدخول في عملية إعادة التفاوض [4].

---

(١) مذكور في،

FONTAINE (M.), Op. cit., p. 267.

(٢) انظر في ذلك،

CABAS (F.), Op. cit., p. 103.

(٣) ومع ذلك يرى الأستاذ CABAS، أنه « على الرغم من أن المتخصصين يفترضون أن التحكيم أفضل الطرق، إلا أنه لا يجب أن نعتبره حلاً لكل المشكلات "comme une panacée"».
انظر، Ibid

(٤) انظر في هذا المعنى،

ULLMANN (H.), Op. cit., p. 898 ; FONTAINE (M.), Op. cit., p. 267.

المطلب الثاني

إعادة التفاوض كأثر مميز لشرط « إعادة التفاوض »

٤٩- إن واجب إعادة التفاوض الذي يفرضه شرط « إعادة التفاوض » Hardship يميزه بسهولة وبمرونة كبيرة في التطبيق ويحفظ له طبيعته الخاصة، ليس فقط تجاه شروط تعديل العقد، ولكن أيضا في مواجهة كل من التعديل اللاحق للعقد بإرادة المتعاقدين، ونظرية القوة القاهرة. وهذا ما سنعرض له في ثلاث نقاط متتالية:

٥٠- أولاً : شرط « إعادة التفاوض » pihsdrah وشروط تعديل العقد التلقائية :

رغبة الأطراف في حماية أنفسهم والحفاظ على عقدهم ضد التقلبات في الظروف، تجعلهم يستخدمون شروطاً تسمح بالحفاظ على ثبات علاقاتهم التعاقدية في مواجهة التغيرات الاقتصادية والمالية التي تقع أثناء تنفيذ هذه العلاقة.

وتنقسم هذه الشروط، بصفة عامة، التي يمكن أن يستخدمها الأطراف لتحقيق هذا الهدف،إلى شروط مراجعة وشروط تعديل. وتنقسم شروط مراجعة العقد إلى نوعين: الأول، هو شروط مراجعة جزئية « Clauses de révision partielle"[١]،

---

(١) انظر في هذا المصطلح ،

KAHN (Ph.), Op. cit., p. 468.

والجدير بالذكر أن فقه التجارة الدولية لا يعبر عن شروط المراجعة بمصطلح واحد. فعلى سبيل المثال يرى M. KNOEPLER، أن " الشروط العامة لإعادة التعديل » «- Les clauses générales de réadaptation du contrat أو شروط إعادة التفاوض في العقد " Clauses de rénégociation du contrat " ، أو شروط المراجعة " Clauses de revision " أو شروط الحماية " Clauses de sauvegard ."، هي بصفة عامة معروفة اليوم بأسم شرط " Hardship ».، انظر

KNOEPLER (F.), Op. cit., p. 22.

وعلى العكس من ذلك يفرق الأستاذ FONTAINE بين شرط Hardship وبين هذه الشروط حيث يرى أنه " ... أحياناً يستخدم محررو الشروط، شروط الظروف الطارئة، شرط الحماية، شرط العدالة،.... ولا يوجد أي من هذه التعبيرات المقترحة ما يصف بشكل صحيح محتوى الشرط.«، انظر،

FONTAINE (M.), Op. cit., p. 51.

ويرى الأستاذ " كاسيس " KASSIS أن شرط " إعادة التفاوض " Hardship هو من شروط إعادة التعديل " Les clauses de réadaptation ." انظر،

KASSIS (A.), Op. cit., n° 568, p. 359.

وهي التي تسمح بمراجعة الأطراف لأي شرط من شروط العقد يتم اختياره بإرادة الأطراف. ويعتبر شرط مراجعة الثمن هو أكثر هذه الشروط انتشاراً [١]. أما النوع الثاني من هذه الشروط، فهي شروط المراجعة العامة «Clauses de révision générales"[٢]. وهي التي تسمح للأطراف بأن يتقابلوا لمناقشة الصعوبات التي يواجهها تنفيذ العقد ومحاولة إيجاد حل مناسب لها. و تواجه هذه الشروط، عادة، كل عناصر العقد. ويعتبر شرط « إعادة التفاوض » Hardship أبرز هذا النوع من الشروط [٣].

وإلى جانب شروط المراجعة توجد – كما قلنا - شروط أخرى تُسمى " شروط تعديل العقد " Les clauses d'adaptation du contrat "[٤]، و يطلق عليها البعض « شروط الحفاظ على القيمة Les clauses de maintien de la valeur"[٥].

ومن هذه الشروط شرط تغير القيمة على أساس مؤشر أو أكثر» La clause

---

(١) انظر،

KAHN (Ph.), Op. cit., p. 468.

وفي مقالة أخرى يطلق M .KAHN على شروط مرجعة الثمن "Les clauses de revision du prix" مصطلح " شروط الحماية الاقتصادية Les causes de protection économique". انظر،

KAHN (Ph.), Lex mercatoria et pratique des contrats internationaux : L' experience françaises in " Le contrat international., op. cit., p. 195.

(٢) راجع،

KAHN (Ph.), Force majeure., op. cit., p. 468.

(٣) انظر،

Ibid

(٤) انظر في هذا المصطلح،

KNOEPLER (F.), L'obligation de somme d'argent : Détermination et modification du prix, in " Les systèmes contractuels de droit civil et les exigences du commerce international ", op. cit., p. 20.

(٥) انظر،

SILARD (S. A.), Clauses de maintien de la valeur dans les transactions internationales, JDI, 1972, p. 213.

وانظر أيضاً،

KNOEPFLER (F.), Op. cit., p. 20..

وشرط الإبقاء على القيمة رغم تغير العملة أو أية أسباب أخرى ." d'indexation
" La clause d'échelle mobile" .[1] ويمكن تعريف هذه الشروط بأنها شروط تسمح بإعادة توزيع المخاطر المالية بين الأطراف بشكل تلقائي[2]. وتؤدي هذه الشروط إلى تعديل العقد أو تعديل أحد شروطه إذا وقعت ظروف معينة حددها الأطراف في عقدهم. مثل تغيرات في التكلفة، أو في الثمن ،أو في الأجور. أو العملة التي سيتم الدفع بها، وفقاً لمؤشر معين حدده الأطراف في العقد.[3].

وقد يبدو للوهلة الأولى أنه لا فرق بين المراجعة والتعديل، إلا أنه على مستوى عقود التجارة الدولية يبدو لنا جلياً الفرق بينهما. فإذا كان كل من النوعين من هذه الشروط يهدف بشكل نهائي إلى تعديل أحكام العقد حتى تتمشى مع الظروف الجديدة التي أثرت في تنفيذ العقد، فإن الفارق يكمن بينهما في أمرين: أولاً ، طريقة إعمال التعديل. وثانياً في مقدار التعديل الذي يتم.

أولاً : طريقة إعمال التعديل: تعديل أحكام العقد وفقاً لشروط التعديل يتم بشكل تلقائي Automatique بحسب الطريقة التي اتفق عليها الأطراف من البداية .[4] وصورة هذه الشروط هى كالتالي : يتفق الأطراف عند إبرام العقد أو بعد ذلك على أنه لو حدث تغير في قيمة العملة التي يتم بها الدفع، أو في تكلفة المواد الأولية بنسبة معينة، يتعدل السعر المتفق عليه بنسبة معينة. وبالتالي عند حدوث تغير في قيمة العملة أو المواد الأولية يتعدل بشكل تلقائي الثمن دون تدخل من الأطراف ودون الحاجة إلى إعادة تفاوض بينهما من جديد.

أما تعديل العقد وفقاً لشروط المرجعة فلا يتم بشكل تلقائي، ولكنه يحتاج

---

(١) راجع في ذلك،

OPPETIT (B.), Op. cit., p. 794 ; DELMANS - SAINT- HILAIRE (J. - P.), L' adaptation du contrat aux circonstances économiques, in " La tendence à la stabilité du rapport contractuel ", études de droit privé, sous la direction et avec une préface de DURAND (P.), L.G.D.J, 1960, op. cit., p. 210.

(2)SILARD (S. A.), Op. cit., p. 214.

(٣) في هذا المعنى.

KNOEPFLER (S. A.), Op. cit., p. 20 ; CABAS (F.), op. cit., p. 107.

(٤) انظر.

CORNU (G.), La clause d'indéxation, RTD. civ., 1966. P. 271.

إلى تقابل الأطراف وإعادة التفاوض بينهما. وصورة شروط المراجعة هى كالتالي: يتفق الأطراف على أنه عند وجود تغيرات في العملة أو المواد الأولية المستخدمة بنسبة معينة، أو في حالة وجود تغير جذري في الظروف، يلتزم يتقابل الأطراف بإعادة التفاوض في بنود العقد بهدف التوصل إلى حل ودي مناسب يواجهون به هذا التغير [1].

ثانياً : قدر التعديل: الفارق الثاني بين شروط المراجعة وشروط التعديل يكمن في نظرنا في مقدار التعديل الذي قد يتوصل إليه الأطراف. ففي شروط التعديل تكون نسبة التعديل محددة سلفاً من قِبل الأطراف، وهى تقاس عادة بنسبة الزيادة في قيمة العملات، أو في المواد الأولية أو نسبة الضرائب المفروضة. وبمعنى آخر مقدار التعديل يكون محدداً بشكل دقيق في العقد، ولا يثور بصدده خلاف بعد ذلك بين الأطراف. ومثال ذلك أن يتفق الأطراف على أنه لو زادت قيمة المواد الأولية بنسبة ٥٪ ، يرتفع السعر بنسبة ٣٪ .

أما مقدار التعديل فليس محدداً بهذا الشكل بالنسبة لشروط المراجعة. فمقدار التعديل يتوقف بالدرجة الأولى على ما يتوصل إليه الأطراف عند إعادة التفاوض في العقد. فقد يتوصل الأطراف إلى تعديل العقد، وقد يتوصلون إلى فسخه. وفي حالة التعديل قد يتمثل هذا التعديل في نسبة معينة من السعر، وقد يتوصلون إلى وقف العقد فترة لحين زوال الظروف السيئة التي أثرت في تنفيذ العقد، وقد يتوصلون إلى تغيير العملة التي يتم بها الدفع ، وهكذا. وبمعنى آخر، مقدار التعديل في شروط التعديل منصوص عليه سلفاً، أما هذا المقدار فيتحدد بما يتوصل إليه الأطراف في حالة شروط المراجعة. ولذا يقال أن مراجعة العقد تعنى إعادة النظر في أحكام هذا العقد حتى تتمشى مع الظروف الجديدة عن طريق إعادة التفاوض بين الأطراف [2].

ويترتب على ذلك أن الالتزام بإعادة التفاوض يعتبر المظهر الذي يميز بشكل جذرى

---

(١) راجع في ذلك الأستاذ « ديران » DERAINS (Y.) على قرار التحكيم الصادر في القضية رقم ٢٤٧٨ لسنة ١٩٧٤، وارد في المجموعة الأولى من القرارات، ص ٢٣٤ – ٢٣٥؛ وكذلك ملحوظته على القرار الصادر في القضية رقم ٣٣٤٤ لسنة ١٩٨١، وارد في المجموعة الأولى من القرارات، ص ٤٤٦.

(٢) راجع في ذلك، OPPETIT (B.), Op. cit., p. 797.

شروط المراجعة وخاصة شرط «إعادة التفاوض» Hardship عن شروط التعديل [١].

وقد أكدت هذا الفارق جيداً محكمة District الأمريكية في حكمها الصادر في قضية South Western الذي فحصت فيه الادعاء الذي قدمته هذه الشركة ضد شركة Burlington Northern الذي يربطها بها عقد توريد بترول لمدة ٢٥ عاماً والذي احتوى على شرط "إعادة التفاوض" Hardship. وقد تمسكت الشركة الثانية بهذا الشرط حتى تتوصل إلى التفاوض مع الأولى على إعادة تعديل العقد. وإزاء رفض الشركة الأولى الاقتراح المقدم من الثانية، قامت هذه الأخيرة بإعلان تعريفة جديدة من تلقاء نفسها. وقد ركزت المحكمة في حيثيات حكمها على عنصر إعادة التفاوض الذي يفرضه الشرط، وأن إعلان تعريفة جديدة من جانب واحد يخالف طبيعة الشرط بقولها " لو أن شركة السكة الحديد Burlington Northern افترضت أن التعريفة المحددة كمؤشر أو دليل لا تكفي، فعليها أن تتفاوض مع الشركة الأولى لإيجاد تعريفة جديدة تطبيقاً لشرط Hardship. أما إعلانها تكلفة جديدة لم تكن مقبولة من South Wester، فإن Northern Burlington تكون قد تصرفت على وجه يخالف الاتفاق المبرم بينهما» [2].

٥٠- وعلى الرغم من وضوح التفرقة بين النوعين من الشروط، فإنه، في بعض الحالات تثور الصعوبة في تحديد طبيعة بعض الشروط. ويرجع هذا الخلط إلى طريقة تُحرير هذه الشروط والمصطلحات التي يستخدمها الأطراف في التعبير عنها. ومن بين هذه الشروط ذلك الذي كان محل دراسة من هيئة التحكيم بغرفة التجارة الدولية في القضية رقم ٢٤٧٨ لسنة ١٩٧٤ [٣]. وتتمثل وقائع هذه القضية في أن شركة فرنسية أبرمت عقد توريد بترول مع أخرى رومانية. وإزاء عدم تسليم الشركة الرومانية كميات البترول المتفق

---

(١) انظر،

LE FICHANT (F.), Op. cit., p. 133.

(٢) حكم محكمة District Est du Texas لسنة ١٩٧٩، مشار إليه،

ULLMANN (H.), Op. cit., p. 897.

(٣) انظر في هذا القرار، مجموعة القرارات الصادرة من غرفة التجارة الدولية، ١٩٧٤ - ١٩٨٥، ص ٢٢٣ وما يليها.

عليها في العقد، لجأت الشركة الفرنسية إلى هيئة التحكيم لمطالبتها بالتعويض عن عدم تنفيذ التزاماتها. وأمام هيئة التحكيم دفعت الشركة الرومانية هذا المطالبة بحجتين. وما يهمنا، في هذا المقام، الحجة التي تتمثل في تفسير هذه الشركة للشرط الموصوف في العقد بأنه شرط ظروف طارئة أو شرط تكافؤ مالي « Clause d'imprévision ou Clause de parité monétaire» ، يلقى على عاتق الطرفين التزاماً بتعديل الثمن عندما تحدث تعديلات في ظروف تنفيذ العقد.

ولتحديد طبيعة الشرط فحصت الهيئة المصطلحات التي استخدمها الأطراف فيه، حيث نص الشرط على أنه " في حالة زيادة أو انخفاض قيمة الفرنك أو الدولار، يلتقي الأطراف ليفحصوا نتائج الموقف الجديد ويتفقون على الإجراءات التي يتخذونها لإعادة التوازن العقدي وفقاً للنوايا والروح الأساسية للعقد، وذلك بالنسبة للكميات التي لم تُسلم بعد ». وفسرت الهيئة هذا الشرط على أنه شرط « إعادة تفاوض«Hardship ، واستندت في هذا التفسير إلى الخصيصة الأساسية في هذا الشرط وهي إعادة التفاوض التي يفرضها على الأطراف عند حدوث التغيرات في الظروف. ولم تر الهيئة أنه شرط تعديل للعقد يفرض التعديل التلقائي للثمن دون الحاجة إلى إعادة التفاوض . وتقول هيئة التحكيم في ذلك « إن الشرط لا يفرض في الواقع إلا التزاماً بإعادة التفاوض بغرض الاتفاق على الإجراءات الواجب اتخاذها لإعادة توازن العقد في حالة انخفاض أو ارتفاع قيمة الفرنك الفرنسي أو الدولار الأمريكي وهى العملات المحددة في العقد ....»[1].

وإذا كانت هيئة التحكيم قد انتهت في هذه القضية إلى أن الشرط هو شرط مراجعة للعقد وليس شرط تعديل له، فإن طبيعة هذا الشرط يمكن أن يكتنفها بعض الغموض وتثير جدلاً في تحديدها. فمن ناحية، يمكن رؤيته شرط تعديل لأنه يهدف إلى إعادة توزيع المخاطر المالية بين الأطراف وخاصة أنه يحدد نوعية التغير في الظروف بالارتفاع أو بالانخفاض في العملات المالية التي سينفذ بها العقد [2]. ومن ناحية ثانية، يمكن وصفه بأنه شرط مراجعة للعقد أو بالأحرى شرط « إعادة التفاوض » Hardship حيث

---

(١) انظر القرار السابق، نفس الموضع.

(٢) انظر في هذا التعريف،

SILARD (S. A.), Op. cit., p. 214.

يفرض إعادة التفاوض بين الأطراف [1]. وهذا الخلط [2] دعا بعض الفقه إلى وصف الشرط بأنه « شرط حفاظ على القيمة بسبب موضوعه، و شرط « إعادة التفاوض » Hardship بسبب النتيجة التي يؤديها » [3].

٥١- ثانياً : شرط pihsdraH والتعديل اللاحق لأحكام العقد :

يتمتع الأطراف، وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة، بحرية كبيرة في تنظيم عقودهم، وتؤمن لهم هذه الحرية أن يدرجوا في عقودهم ما يشاءون من الشروط التي تحقق مصالحهم وتحمي علاقاتهم التعاقدية من الزوال، وتمنحهم إمكانية أن يتقابلوا في أى وقت بعد حدوث التغيرات بهدف تعديل عقدهم [4].

وإذا كان شرط « إعادة التفاوض » ذا طابع تعاقدي [5]، وإذا كان الأطراف يتمتعون بحرية كبيرة في تنظيم شروط عقدهم، فقد ثار التساؤل حول الأهمية التي يقدمها هذا الشرط. أو بمعنى آخر ما أهمية أن يأخذ اتفاق الأطراف صورة شرط « إعادة التفاوض » ؟، وماذا يميزه عن التعديل الإرادى اللاحق من جانب الأطراف لبعض أحكام العقد وفقاً للتغيرات التي تقع ؟

هذا التشكيك في أهمية شرط « إعادة التفاوض» Hardship، مقارنة بالتعديل الإرادي للعقد، تناولته المناقشة التي تمت بين مجموعة الفقهاء التي درست " مشكلات

---

(١) انظر،

OPPETIT (B.), Op. cit., p. 797.

(٢) يعلق M. DERAINS على هذا التردد بقوله " من الصعب أن نضع هذا الشرط في إحدى الطوائف المحددة بشكل جيد من الطرق القانونية التي خلقها واقع التجارة الدولية "، انظر تعليق DERAINS (Y.) على الحكم السابق، ص ٢٣٤.

(٣) انظر،

CABAS (F.), Op. cit., p. 108.

(٤) انظر في هذا المعنى،

GHOZI (A.), La modification de l'obligation par la volonté des parties, étude de droit français, th., Paris, LGDJ, 1980, p. 4.; DAHAN (M.), La pratique françaises du droit du commerce international, op. cit., p. 399.

(٥) انظر،

LE FICHANT (F.), Op. cit., p. 130.

طول المدة " عام ١٩٧٦ برئاسة الأستاذ " فونتان " FONTAINE [1]. ففي هذه المناقشة أنكر بعض الفقهاء كل أهمية لهذا الشرط حتى ولو كان مصاغاً بشكل جيد. وقد بنوا رأيهم على حجة أن " إمكانية تعديل العقد باتفاق متبادل بين الأطراف توجد دائماً، فلسنا في حاجة لتخصيصه»، ووضعه في صورة شرط « إعادة التفاوض» Hardship [2]. ومن جانبه تساءل الأستاذ « إيلامان » ULLMANN: « إذا كان النظام الفرنسي مثل النظام الأمريكي يسمح للأطراف بأن يتفاوضوا في كل أحكام العقد أو في جزء منها، ويسمح لهم بأن يعدلوا أحكام العقد، إذن لماذا يستخدمون شرط « إعادة التفاوض» Hardship؟ [3].

والواقع أن واجب التفاوض الذي يفرضه الشرط يجيب على هذا التساؤل. ولبيان الأهمية التي يقدمها هذا الالتزام يمكننا أن نتخيل موقف المتعاقد الذي حقق له التغير في الظروف بعض المزايا، ونتساءل : ماذا سيجبر هذا المتعاقد على أن يقبل التفاوض في عقد يحقق له مزايا كثيرة حتى ولو كان تنفيذ هذا العقد ضاراً بالمتعاقد الآخر؟ [4]. وماذا يمكن أن يفعل هذا الأخير لإجبار هذا المستفيد على أن يقبل تعديل بعض أحكام العقد؟

وإذا احتكم هذا المتعاقد إلى قضاء التحكيم، خاصة إذا احتوى العقد على شرط تحكيم أو ألحقت به مشارطة تحكيم، فلن يحقق بهذا الطريق نتائج كبيرة. فمادام لم يرد نص في العقد يسمح للمحكم بتعديل شروط العقد في حالة التغير في الظروف، فإن قضاء التحكيم يعطي أولوية كبيرة لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين «Pacta sunt

---

(١) الجدير بالذكر أن هذه المناقشة تضمنت شروطاً عديدة، انظر فيما يخص شرط « إعادة التفاوض »، الصفحات من ١٥٥ - ١٦٠، وهي واردة في،

Dr. prat. comm. int., 1979, pp. 141 - 171.

(٢) انظر رأي المتدخل الإنجليزي في هذه المناقشة، ص ١٥٨؛ وانظر أيضاً في نفس المعنى رأي - CHEVALER (R.) DUBERGE في نفس المناقشة، ص ١٥٦.

(٣) انظر،

ULLMANN (H.), Op. cit., p. 890.

(٤) تعتبر عقود البيع أو التوريد الدولية من أكثر الأمثلة التي قد يستفيد فيها أحد المتعاقدين بالتغيرات في الظروف. فارتفاع ثمن المنتجات محل العقد في السوق العالمية يفيد المشترى حيث يحصل على المنتجات بثمن أقل من أسعارها . ويشكل هذا الانخفاض في نفس الوقت ضرراً وبنفس النسبة للبائع حيث يظل ملتزماً بتوريد منتجات بسعر أقل من سعرها.

servanda»، ويرفض تعديل العقد حتى لو تغيرت ظروف تنفيذه بشكل سبب ضرراً لأحد المتعاقدين [1]. فالأصل في قضاء التحكيم أن المتعاملين في التجارة الدولية على علم ودراية ، أو من المفروض أن يكونوا كذلك، بالمخاطر التي تحيط بعقدهم وأنهم يستطيعون حماية أنفسهم ضد التغيرات التي قد تحدث في الظروف بإدراج ما يشاءون من الشروط في عقدهم. ويفسر المحكمون قبول إبرام العقد دون أن يتضمن مثل هذه الشرط ، على أنه قبول منهم لهذه المخاطر وأنهم قصدوا عدم مراجعة العقد إعمالاً لقرينة الاختصاص المهني للمتعاملين في التجارة الدولية La présompation de compétance professionnelle de particiens du commerce international . ولذا يرفض المحكم، في غالبية القرارات، التدخل لتعديل أحكام العقد [2].

ولا يختلف الأمر كثيراً إذا طبق المحكم قانوناً وطنياً معيناً اختاره الأطراف لحكم العقد. فنظام تغير الظروف سواء في مفهومه أو في الحلول التي تواجهه، وبصفة خاصة في مدى السماح للقضاء بالتدخل بتعديل أحكام العقد، مسألة تتباين فيها النظم القانونية الوطنية على نحو ما رأينا سابقاً [3]. وتدق الصعوبة إذا كان القانون الواجب التطبيق على أحكام العقد لا يسمح للقاضي بمراجعة العقد إلا إذا كان هذا التعديل منصوصاً عليه

(١) انظر في هذا المعنى،

LOQUIN (E.), Les pouvoirs des arbitres internationaux à la lumière de l'évolution récente du droit de l'arbitrage international, JDI,1993, p. 293.; LESGUILLONS (G.), (Sous direction de), Vente. op. cit., art. 306.

(٢) والجدير بالذكر أن هذه القاعدة تتعلق فقط بالمحكم بالقانون أي الذي يلزمه الأطراف بالفصل في النزاع وفقاً لأحكام قانون معين بيد أن الأمر يختلف فيما يتعلق بالمحكم المفوض بالصلح أو المحكم بالعدالة على النحو الذي نراه لاحقاً، خاصة بند ٢٦٤. وقد كرس قضاء التحكيم هذه القاعدة في العديد من قراراته، انظر على سيل المثال: القرار الصادر في القضية رقم ١٥١٢لسنة ١٩٧٤، وارد في مجموعة القرارات الصادرة عن غرفة التجارة الدولية، ١٩٧٤ - ١٩٨٥، ص. ٢٠٧.: القرار الصادر في القضية رقم ٢٧٠٨لسنة ١٩٧٦، وارد في نفس المجموعة، ص ٢٩٧ ؛ القرار الصادر في القضية رقم ٢٤٠٤ لسنة ١٩٧٥، نفس المجموعة، ص ٢٨٠.؛ القرار الصادر في القضية رقم ٢٣٢١ لسنة ١٩٧٤، نفس المجموعة، ص ٢٤٦؛ والقرار الصادر في القضية رقم ٥٩٥٣ لسنة ١٩٨٩، مجموعة القرارات الصادرة سنة ١٩٨٦ - ١٩٩٠، ص ٤٣٧.

وانظر في تفصيل العلاقة بين مبدأ العقد شريعة المتعاقدين ومبدأ تغير أحكام العقد وفقاً لتغير الظروف، د. ناجى عبد المؤمن محمد، عقود التجارة الدولية طويلة المدة، حدود مبدأ القوة الملزمة للعقد، دروس ألقيت على طلبة الدراسات العليا، دبلوم التجارة الدولية، جامعة عين شمس، ١٩٩٤.

(٣) انظر المطلب **الأول** من هذا المبحث.

صراحة في العقد أو كان يسمح بالمراجعة ولكن يشترط لإعمالها توافر شروط متشددة لا تتوافر في الفرض محل البحث.

في مثل هذه الفروض تتجلى التفرقة بين شرط « إعادة التفاوض » Hardship وتعديل العقد باتفاق الأطراف بعد وقوع الأحداث . فالشرط ينص صراحة على واجب التفاوض ويخول الطرف المضرور مكنة يستطيع بموجبها أن يجبر الطرف الآخر على الدخول في عملية التفاوض [١]. أو كما يقول البعض فهو « يلغي الحرية المعترف بها للأطراف في أن يناقشوا مبدأ التعديل ويصبح ملزماً لهم » [٢].

٥٢- ثالثاً : انتفاء واجب التفاوض في حالة القوة القاهرة التقليدية :

يسمح نظام إعادة التفاوض بأن نميز أخيراً بين شرط « إعادة التفاوض » وبين القوة القاهرة بمفهومها التقليدي. فحادث القوة القاهرة يجعل العقد منفسخاً بحكم القانون ويبرأ المدين من كل مسئولية تبعاً لذلك. وبمعنى آخر فإن القوة القاهرة تؤدي إلى انفساخ العقد وانقضاء الالتزامات الناتجة عنه. أما شرط « إعادة التفاوض »، بما يفرضه من إعادة التفاوض، يشير بكل وضوح إلى أن الأطراف حرصوا منذ البداية على استمرار عقدهم في السريان وبقاء الالتزامات التي يرتبها هذا العقد وإن كانت هناك حاجة إلى تعديلها [٣]، ويشير أيضاً إلى أنهم يفضلون الحلول الودية للمشكلات التي قد تثور أثناء تنفيذ العقد والتي تُبقي على حياة عقدهم [٤].

---

(١) انظر في هذا المعنى،

ULLMANN (H.), Op. cit., p. 896.

(٢) انظر،

GHOZI (A.), Op. cit., p. 9 ; VAN UYTVANCK (J.), Le point du vue d'entrepreneur belges à l'égard du contrat international: synthèse d'un débat, in " Le contrat économique international, stabilité et évolution ", op. cit., p. 408.

(٣) انظر في هذا المعنى،

LE FICHANT (F.), Op. cit., p. 124 ; FABRE (R.), Les clauses d'adaptation des contrats, RTD. civ, 1983, p. 29.

(٤) انظر في هذا ذلك،

BARBIERI (J. - J.), Op. cit., p. 443 ; CABAS (F.),Op. cit. p. 120 et 124 ; ARTZ (J. - F.) , Op.cit., n° 6 ; EDRAS (J.), L'obligation de négocier, RTD. com. et écono., 1985, p. 287.

الفصل الثاني
الاختلاف في درجة تأثير القوة القاهرة
و «شرط إعادة التفاوض» على تنفيذ العقد

٥٣- تؤدى القوة القاهرة، بمفهومها التقليدي، إلى استحالة مطلقة في تنفيذ الالتزام التعاقدي. فالمدين الذي يواجه القوة القاهرة يستحيل عليه تنفيذ ما التزم به تجاه المتعاقد الآخر.

ويختلف هذا الأثر في درجته عن الأثر الذى يرتبه وقوع حادث الـ Hardship ؛ إذ يؤدي هذا الأخير إلى جعل تنفيذ الالتزام مرهقاً لأحد المتعاقدين أو يصيبه بضرر فادح إذا نفذ هذا الالتزام بالشكل المنصوص عليه في العقد. وبمعنى آخر فنحن أمام درجتين مختلفتين من اضطراب تنفيذ العقد. فبينما تجعل الأولى هذا التنفيذ مستحيلاً بشكل مطلق، فإن الثانية تكتفي بالإخلال بتوازن العقد مما يجعل تنفيذه مرهقاً للمدين.

وسوف نخصص لكل من هاتين النتيجتين فرعاً مستقلاً.

الفرع الأول
الاستحالة المطلقة كأثر للقوة القاهرة التقليدية

٥٤- تتفق غالبية النظم القانونية في نظرتها إلى القوة القاهرة على أنها استثناء من مبدأ القوة الإلزامية للعقد الذي يقضي بعدم المساس بأحكامه إلا في أضيق الحدود وبالشروط التي يتطلبها القانون. وتتفق هذه القوانين أيضاً على أنه لوصف حدث ما بالقوة القاهرة يجب أن يؤدى هذا الحدث إلى استحالة مطلقة في تنفيذ الأداءات الناتجة من العقد. فالاستحالة المطلقة تعد الأثر المميز للقوة القاهرة بمفهومها التقليدى، ليس فقط في النظم القانونية الوطنية، وإنما أيضاً في قرارات التحكيم التجاري الدولي.

وعلى هذا سوف نقسم هذا الفرع إلى مبحثين، نعالج في الأول فكرة الاستحالة المطلقة في القانون المقارن، وندرس في الثاني تطبيق هذه الاستحالة في قضاء التحكيم.

المبحث الأول
الاستحالة المطلقة في القانون المقارن

٥٥- لا يتفق الفقه ولا تتواتر أحكام القضاء على وصف واحد للاستحالة المطلقة كأثر مميز للقوة القاهرة بمفهومها التقليدي. هذا بالإضافة إلى أن بعض القوانين الوطنية تعرف أنواعاً خاصة من الاستحالة يمكن أن تختلط بالاستحالة المطلقة ولكنها في الحقيقة تتميز عنها.

وسوف نخصص لكل من هاتين الفكرتين مطلباً مستقلاً.

المطلب الأول
فكرة الاستحالة المطلقة

٥٦- نتناول في هذا المطلب مسألتين: الأولى ، تحديد المقصود بالاستحالة المطلقة، والثانية، توضيح طبيعة هذه الاستحالة ومعيار تقديرها.

٥٧- أولاً : المقصود بالإستحالة المطلقة :

يُقصد بالاستحالة المطلقة أن يتواجد المدين في موقف لا يستطيع معه أن يفعل ما يجب عليه فعله أو يمتنع عما يجب عليه أن يمتنع عن فعله. وبمعنى آخر عندما لا تكون لديه أية قدرة أو وسيلة مشروعة يستطيع بها أن يدفع أو يتجنب وقوع الحدث أو يقاوم أو يعالج بها الآثار التي تترتب على وقوع هذا الحدث[١].

وضرورة توافر هذه الاستحالة كنتيجة لوقوع حدث يوصف بالقوة القاهرة أمر يتفق عليه الفقه وتتواتر عليه أحكام القضاء. بل يكتفي القضاء الفرنسي في بعض الحالات بهذه الاستحالة للقول بقيام حالة القوة القاهرة دون تطلب باقي شروط القوة القاهرة[٢]. ويعطي الفقه أهمية كبيرة لهذه الاستحالة في تمييز حدث القوة القاهرة، لذا يصفها البعض بأنها " تترجم علو وسيادة القوة القاهرة ضد قوة الإنسان الذي تواجهه "[٣].

---

(١) انظر،

LARROUMET (Ch.), Op. cit., p. 702.

وانظر أيضاً تقرير لجنة القانون الدولي المتعلق بقرار التحكيم الصادر في ٣٠ إبريل ١٩٩٠ في قضية Rainbow Warrior، وارد في.

JDI, 1990, p. 841.

(٢) انظر على سبيل المثال،

Cass, civ., 27 janvier 1981, D. 1982, p. 110, Note SÉRIAUX.

ومن أحكام محكمة النقض المصرية التي أخذت بالاستحالة المطلقة في التنفيذ كأثر مميز لحادث القوة القاهرة، نقض مدني. جلسة ١٠/١٢/١٩٧٠، الطعن رقم ١٤٥ لسنة ٣٦ قضائية، السنة ٢١، ص ٢١٦، حيث أكدت المحكمة في هذا الحكم على أنه " يشترط في القوة القاهرة التي ينقضي بها الالتزام أن تكون أمراً لا قبل للمدين بدفعه أو التحرز منه. ويترتب عليه استحالة تنفيذ الالتزام استحالة مطلقة ".

(٣) انظر،=

٥٨- وإذا كانت مكانة استحالة التنفيذ وأهميتها بالنسبة لوصف وتمييز حادث القوة القاهرة محل اتفاق في الفقه والقضاء، فإنهما يختلفان في تحديد المقصود بهذه الاستحالة. فتتردد في كتابات الفقه وفي أحكام القضاء عدة مصطلحات يمكن أن تختلط ببعضها. ومن هذه المصطلحات، مصطلح "استحالة التنفيذ Impossiblité d'exécution "، " استحالة التجنب Inévitabilité"، "استحالة الدفع أو المقاومة Irrésistabilité "، وأيضا "استحالة التخطي أو التجاوز Insurmontabilité" [١].

والتحديد الدقيق لاستحالة التنفيذ التي نقصدها هنا والتي تعد نتيجة لوقوع حدث القوة القاهرة، يقتضي منا أن نتعرض سريعاً للمقصود بهذه الأنواع العديدة من الاستحالة.

فنقابل أولاً، استحالة التخطي أو التجاوز "Insurmontabilité" ويميز الفقه بينهما وبين استحالة الدفع "Irrésistabilité" [٢]. ويرون أن الأولى تصف النتيجة التي تترتب على وقوع الحدث، أما الثانية فهي تصف الحدث ذاته. ولذا يعرفون القوة القاهرة

ANTONMATTEI (P. - H.), Op. cit., p. 58 ; MABROUK (R.), Op. cit., P. 86.

الذي يصفها بأنها " أساس فكرة القوة القاهرة". ويبرز البعض أهميتها بقوله بأنها " عنصر غالب في القوة القاهرة". انظر،

CORUN (G.), Note sous, cour d'appel de Lyon, 8 Novembre 1979, et cour d'appel de Paris, 4 juin 1980, RDT. civ., 1981, p. 171 et s.

(١) انظر في هذه المصطلحات.

JOURDAIN (P.), Responsabilité civile et assurance, Revue mensuelle du juris - classer, fasc. 160, n° 126.

حيث يرى أن " هذه التعبيرات المختلفة تستخدمها المحاكم دون الوقوف عندها لتحديد معانيها لتمييز استحالة الدفع التي تتميز بها القوة القاهرة Irrésistabilité ". وانظر أيضاً،

FLOUR (J.) et AUBERT (J. - L.), Droit civil, les obligations, T. II, 5° éd., par AUBERT (J.- L.), COLIN (A.), 1991, p. 256.

الذين انتهوا إلى أن " توجد، وفقاً للأحكام الصادرة من القضاء، ثلاثة أوصاف يتم استخدامها بالتبادل وهي، Inévitabilité, Insurmontabilité et Irrésistabilité ". وانظر في نفس المعنى،

FIATTE (R.), Les effets de la force majeure dans les contrats, th., Paris, 1970, p. 10.

(٢) انظر في ترجمة مصطلح Surmonter بأنه " تخطى"، ومصطلح Irrésistabilité بأنه " مستحيل في الدفع" . د. محسن شفيق، اتفاقية لاهاي لعام 1964 بشأن البيع الدولي للمنقولات المادية، دروس لدبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 72 - 1973، بند 320، ص 205.

بأنها حدث لا يمكن مقاومته يؤدي إلى نتائج لا يمكن تجاوزها أو التغلب عليها [١]. و يفرق البعض ثانياً بين استحالة التنفيذ " Impossibilité d'exécution " وبين استحالة الدفع " Irrésistabilité " حيث تصف الأولى نتيجة الحدث وتصف الثانية الحدث نفسه وهي تنقسم بدورها إلى نوعين : استحالة التجنب " Inévitabilité " واستحالة التخطى أو التجاوز "Insurmontabilité" وكلاهما لازم لوصف الحدث [٢]. وصعوبة التفرقة بين النوعين من الاستحالة ألقى عليها الضوء الأستاذ RADOUANT بقوله : " إن هذه التفرقة تحتاج إلى تحليل دقيق، لأن الحدث يمكن أن يضع المدين في موضع استحالة تنفيذ على الرغم من أنه من الممكن دفعه. وعلى العكس من الممكن ألا يقاوم الحدث أو يُدفع دون أن يضع في استحالة تنفيذ " [٣].

ونقابل ثالثاً مصطلح استحالة التنفيذ "Impossibilité d'exécution" الذى يقرب بعض الفقه بينه وبين استحالة الدفع "Irrésistabilité" ويرى أنهما مترادفان. ويفسر أنصار هذا الرأى استحالة الدفع بمعنى واسع لتشمل استحالة التنفيذ أيضاً، ولذا يرون أنه "توجد استحالة الدفع عندما يتواجد المتعاقد في استحالة مطلقة Impossibilité absolue في تنفيذ العقد " [٤].

---

(١) انظر،

MELOTTE, Note sous, Cass. soc., 15 avril 1970, D., 1971, p. 107.

(٢) انظر،

RADOUANT (J.), Du cas fortuit et de la force majeure, th., Paris, 1920, p. 137. ; MARTY (G.) et RAYANAUD (P.), Traité de droit civil, Op. cit., n° 554.

وانظر في ترجمة مصطلح " éviter " أن الحدث لا يمكن تجنبه، د. محسن شفيق، المرجع السابق، نفس الموضع

(٣) انظر،

RADOUANT (J.), Op. cit., p. 140.

وقد أكد M. WIGNY هذه التفرقة ولذا ذهب إلى أن " استحالة التنفيذ ليست بالمعنى الدقيق عنصراً مشكلاً للقوة القاهرة، ولكن من الممكن اعتبارها بالأحرى شرطاً مفترضاً فيها ".

WIGNY (P.), Responsabilité contractuelle et force majeure, RTD. civ., 1935, p. 52.

(٤) انظر،

LESGUILLONS (H.), Op. cit.. Lamy, art., 414; LARROUMET (Ch.), Op. cit., p. 702.

والتعبير عن استحالة التنفيذ بمصطلحات متعددة تختلط ببعضها البعض ليس قاصراً فقط على الفقه والقضاء الوطنيين[1]، وإنما يمتد أيضاً إلى الاتفاقيات الدولية والشروط والمبادئ العامة الصادرة في مجال التجارة الدولية. فالمادة ١/٧٩ من اتفاقية الأمم المتحدة للبضائع (فيينا ١٩٨٠) تصف الحدث المبرئ من المسئولية بأنه الذي لا يكون بإمكان المدين تجنبه أو تجنب عواقبه أو التغلب عليه أو على عواقبه [2]. وواضح أن الاتفاقية تساوي بين الحدث وبين نتائجه في وصف كل منهما بأنه مستحيل في تجنبه ومستحيل في توقيه أو تجاوزه. فحدث القوة القاهرة. كما تتطلب الاتفاقية، ليس فقط حدثاً تتمثل فيه هاتان الصفتان، ولكن يجب أن يؤدي إلى نتيجة تتصف أيضاً بنفس الصفتين. ويعلق الأستاذ "أودي " AUDIT على ذلك بقوله بأن " صفة استحالة الدفع irrésistabilité متطلبة مرتين: مرة في الحدث ومرة في نتيجة الحدث " [3]. أما المادة ٢/١٧ من اتفاقية جنيف في ١٩ مايو ١٩٥٦ الخاصة بعقد النقل الدولي للبضائع عن طريق البر (C.M.R) . فهي أكثر وضوحاً في هذا الصدد من المادة ٧٩ السابقة. فهذه المادة تبرئ الناقل من كل مسئولية في حالة وجود ظروف وصفتها بأنها " لا يمكن للناقل أن يتجنبها، إذا أدت إلى نتائج لا يمكن علاجها " [4]. ووصف هذه الاتفاقية للحدث جاء دقيقاً لأن الحدث هو الذي يمكن أن يتصف بعدم إمكانية تجنبه، أما النتيجة فهي التي

---

(١) هذا الخلط يمتد أيضاً إلى قرارات التحكيم التجاري الدولي، ففي بعض القرارات يعرف المحكمون استحالة الدفع بأن المدين يتواجد في موضع استحالة مطلقة في تنفيذ التزامه. انظر على سبيل المثال، القرار الصادر في القضية رقم ٢٢١٦ لسنة ١٩٧٤، القرار الصادر في القضية رقم ٢١٣٩ لسنة ١٩٧٤ ، وهذين القرارين واردين في المجموعة الأولى من قرارات غرفة التجارة الدولية، ص ٢٢٦ و ص ٢٣٨.

(٢) انظر المادة ٧٩ من الاتفاقية ونفس الأمر نجده في الشرط النموذجي الذى أعدته غرفة التجارة الدولية بشأن القوة القاهرة والظروف الطارئة، حيث يصف البند الأول من هذا الشرط حدث القوة القاهرة بأنه الذي " لا يمكن تجنبه أو تخطيه "، ويصف آثار الحدث بنفس الصفات. انظر البند الأول من هذا الشرط. وانظر أيضاً الفقرة الأولى من المادة ٧-١-٧ من مبادئ Unidroit الخاصة بعقود التجارة الدولية.

(٣) انظر،

AUDIT (B.), La vente internationale de marchandises, L.G.D.J, 1990, p. 174.

وتنتهج المادة ٧- ١- ٦ الخاصة بالقوة القاهرة من مبادئ UNIDROIT نفس النهج الذي أخذته المادة ٧٩ من اتفاقية فيينا ١٩٨٠.

(٤) انظر،

ANTONMATTEI (P. - H.), Op. cit., p. 89 ; ROUIERE (R.), Droit des transports terrestre et aérien, 2° éd., ., 1977, p. 613.

لا يمكن علاجها أو تجاوزها.

وهذه الدقة في وصف الاستحالة نقابلها في نص المادة ١/٧٤ من القانون الموحد للبيع الدولي للمنقولات المادية لسنة ١٩٦٤(L.U.V.I)، حيث استخدمت لوصف الحدث صفة التجنب ولوصف النتيجة صفة التخطي أو التجاوز [١]. أما المادة ٧٥ من الشروط العامة للبيع CEE / ONU فهي أكثر بساطة في تعبيرها عن أحداث القوة القاهرة وآثارها على العقد، فهي تصف الأحداث بأنها لا يمكن تجنبها " Inévitables " ويكون من أثرها أن تعوق الأطراف عن تنفيذ العقد " pêchent les parties " [٢].

٥٩- وفي الواقع يمكننا القول بأن هذا التردد والخلط بين المصطلحات يأتي، من ناحية، من اقتراب هذه المفاهيم وتشابه الوظائف التي تؤديها، ومن ناحية ثانية، من تعدد المواقف والحالات التي يكون فيها الحدث مستحيلاً في دفعه ويؤدي في نفس الوقت إلى استحالة مطلقة في التنفيذ. فاجتماع الصفتين في الحدث يؤدي إلى الخلط بينهما، وصعوبة تحديد دور كل منهما. ومع ذلك لتحديد الدور الذي تمثله استحالة التنفيذ تجب التفرقة بين حادث القوة القاهرة ذاته وبين نتائج هذا الحادث.

١- فبالنسبة للحدث نفسه يمكن وصفه بأنه " مستحيل في دفعه و لا يمكن تجنبه Irrésistible et Inévitable ". وعندما نتحدث عن استحالة الدفع Irrésistabilité فإننا نشير إلى الوسائل التي في مكنة المدين والتي تسمح له بأن يواجه الحدث وأن يمنعه من الوقوع [٢]. فاستطاعة المدين أن يمنع وقوع الحريق في مبنى المصنع تمنع من أن يكون هذا الحريق بالنسبة له مستحيلاً في دفعه. أما عندما نتحدث عن صفة استحالة التجنب Inévitabilité فإننا نركز على أمر آخر ألا وهو قدرة المدين على الهروب من الحدث توقياً للنتائج التي يسببها. أو كما يقول البعض أن المدين بذل كل الهمة والنشاط المطلوبين منه لمواجهة الحدث ولكنه لم يتمكن من دفعه. فهذا الشرط يفتح المجال للعلم

---

(١) انظر،

LESGUILLONS (H.), Op. cit., art., 430 .

ونفس المصطلحات يستخدمها الشرط النموذجي للقوة القاهرة الذي أعدته غرفة التجارة الدولية، سنة 1985.

(٢) انظر المادة ٧٥ من هذه الشروط.

(٣) انظر في هذا المعنى،

JUNOD (Ch. - A.), *Force majeure et cas fortuit dans les systèmes suisses dans la responsabilité civile*, Genève, 1956, p. 94.

الجيد بالحدث وظروفه، وتقييم تصرف البائع إزاء مواجهة هذا الحدث [1].

وترتيباً على ذلك، إن استطاع المدين، في المثال السابق، أن يحافظ على البضاعة المخزونة بالرغم من وقوع الحريق وبالتالي يتمكن من تنفيذ التزامه بالتسليم فلا يعد الحدث بالنسبة له مستحيلاً في تجنبه. ولذا فالقضاء يفحص مدى توافر هذه الصفة بعد أن يبحث توافر استحالة الدفع أولاً.

وكلا الصفتين لازم لوصف الحدث بالقوة القاهرة. فلا يكفي أن يكون الحدث مستحيلاً في دفعه، ولكن أيضاً يجب أن يكون مستحيلاً في تجنبه. ولكن التساؤل الذي يتبادر إلى الذهن في هذا الصدد هو: هل يمكن أن يكون الحدث مستحيلاً في دفعه ومن الممكن تجنبه وبالتالي لا يمكن اعتباره قوة قاهرة ؟

والإجابة على هذا التساؤل نجدها في حكم محكمة استئناف باريس سنة ١٩٨٧. وقد تعلقت القضية بهجوم على إحدى سيارات النقل التي كانت دون حارس في حظيرة سيارات الطريق السريع. وقد منع هذا الحادث السائق من إتمام عملية النقل المكلف بها. وقد اعتبرت المحكمة أن الهجوم على السائق الذي كان بداخل السيارة المغلق بابها يعد مستحيلاً في دفعه ولكن لا تتوافر فيه استحالة التجنب، وبالتالي لا يعد قوة قاهرة تخلصه من المسئولية [2].

٢- أما بالنسبة للنتيجة التي يرتبها الحدث، والتي تهمنا في هذا المقام، فإن الاستحالة المطلقة في التنفيذ هي الأثر المميز لنظرية القوة القاهرة. وتعني هذه الاستحالة أن المدين في حالة عدم قدرة مطلقة تمنعه من تنفيذ التزامه. ويفترض هذا النوع من الاستحالة أن الحدث وقع وأن المدين بذل الهمة الكافية لدفعه ولكنه لم يستطع. ويبقى التساؤل ألم يكن في استطاعة هذا المدين تنفيذ التزامه عن طريق استخدام عناصر إنتاج أخرى غير التي أتى عليها الحدث ؟. إذا كانت الإجابة بالنفي كنا بصدد استحالة مطلقة تقوم بها القوة القاهرة. ولذا فإنه بالنسبة للنتيجة يمكننا وصفها بأنها لا يمكن تخطيها أو تجاوزها أو

(١) انظر في ذلك. د. رضا محمد إبراهيم عبيد، الالتزام بالتسليم في القانون الموحد للبيع، رسالة سابقة، بند ٣٤٢، ص ٤٤٨.

(2)Cour d'appel de Paris, 19 octobre 1987, Bull. transp.,1988 , p. 73.

وانظر في نفس المعنى

CORUNU (G.), Note sous cour d'appel de Paris, 4 juin 1980, RTD. civ., 1981, p. 171

عدم إمكان التغلب عليها Insurmontable [1]. فإذا وقع حريق يدمر عناصر الإنتاج لدى البائع رغم أخذه الاحتياطات اللازمة لتفادى حدوث الحريق، ومع ذلك يستطيع البائع تنفيذ التزامه إذا لجأ إلى متعاقد آخر لشراء البضائع التي اتفق على توريدها من البداية، في هذه الحالة لا يكون بصدد استحالة مطلقة.

الخلاصة إذن أنه لوصف حدث ما بالقوة القاهرة يجب أن يتوافر فيه نوعان من الاستحالة: الأولى تتعلق بالحدث وهي استحالة الدفع والتجنب، وهي تعني أن المدين ليس له القدرة على دفع وقوع الحدث، فهو في موقف لا يستطيع فيه أن يمنع وقوع الحث أو يهرب منه في حالة وقوعه حتى ببذل بعض التضحيات [2]. والثانية هي استحالة تجنب النتائج الضارة التي يرتبها الحدث وهى التي يطلق عليها استحالة التنفيذ. وتفترض هذه الاستحالة توافر الاستحالة الأولى [3]. والتفرقة بين نوعي الاستحالة أوضحها جيداً الأستاذ PINTO بقوله في مفهوم الاستحالة " ... بأن الدولة لا تستطيع أن تتخذ إجراءات ضد الحدث أو تفلت منه بطرقها الخاصة، وتعني أيضاً أن الحدث يقع ويُحدث آثاره دون أن تستطيع الدولة أن تمارس أي تأثير بهدف علاج هذه الأضرار" [4].

---

(١) انظر في نفس الاتجاه،

LE ROY (D.),, Op. cit., p. 18 ; MABROUK (R.), Op. cit., p. 88 et 89 ; LARROUMET (Ch.), Op. cit., p. 702.

(٢) في هذا المعنى،

MABROUK (R.), Op. cit., p. 86.

(٣) قريب من ذلك، د. رضا محمد إبراهيم عبيد، الالتزام بالتسليم في القانون الموحد للبيع الدولي للبضائع، رسالة سابقة، بند ٣٤١، ص ٤٤٦، حيث يرى سيادته أن " شروط القوة القاهرة تتمثل في عدم التوقع، وعدم إمكان التجنب، وعدم إمكان التغلب على الحادث "، ويطلق على العنصرين الأخيرين مصطلح " عدم المقاومة "

(٤) انظر،

PINTO (R.), L'affaire du Rainbow Warrior, A propos de la sentence arbitrale du 30 avril 1990, JDI, 1990, p. 881.

والتفرقة بين هذين النوعين من الاستحالة أوضحتها أيضاً المادة ٢/٦٧٣ من القانون المدني المصري التي تنص على أن: " لا يشكل الإضراب حالة قوة قاهرة، إلا إذا أثبت المقاول أن هذا الإضراب لم ينتج بسبب خطأ منه وأنه لم يكن في استطاعته أن يحل عمالاً آخرين محل العمال المضربين أو يتجنب نتائج إضرابهم بأي وسيلة أخرى ".

ولكن هل يمكن أن تتوافر في الحدث استحالة التجنب دون أن تتوافر فيه استحالة التنفيذ أو بمعنى آخر لا يؤدي إلى نتائج لا يمكن تخطيها "insurmontables" ؟.
يتفق الفقه على الإجابة بالإثبات على هذا التساؤل. ولذا يذهب بعض الفقه إلى أنه لو كانت ظروف الطقس التي يواجهها المدين قد سببت خسارة في المحصول، فالمدين لا يمكنه دفع أو تجنب هذه الظروف. ولكنه في المقابل يمكنه أن يحترم تعهداته بأن يشتري من مورد آخر ما اتفق على توريده، وبالتالي لا يعد في حالة استحالة تنفيذ [(١)]. ويرون أيضاً أنه لو ظهر أسلوب جديد في الإنتاج ترتب عليه انخفاض التكلفة بدرجة كبيرة، فإن البائع يستطيع أن يغير من أسلوب إنتاجه متى كان ذلك ممكناً حتى لا يصيب المشترى بأضرار نتيجة هذا الارتفاع الكبير في التكلفة [(٢)]. ويترتب على ذلك أن استحالة دفع أو تجنب الحدث لا تمنع من إمكانية علاج نتائجه، ولا تضع المدين في موضع استحالة تنفيذ بل يقتصر أثرها على جعل تنفيذ التزامه مرهقاً. وهكذا " لو كانت الحرب تشكل غالباً حدثاً لا يمكن للمدين عمل شيء تجاهه، فإن الأمر ليس كذلك فيما يتعلق بنتائج هذه الحرب. فأحياناً تجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً دون أن تجعله مستحيلاً " [(٣)].

٦٠- ثانياً : طبيعة الإستحالة المطلقة ومعيار تقديرها :

تأخذ الاستحالة المطلقة التي يخلقها حادث القوة القاهرة أكثر من شكل [(٤)]. وإذا كانت الاستحالة الطبيعية والمادية تمثل الصورة الأكثر وقوعاً في الحياة العملية، فإن بعض الفقه يقصر تطبيق النظرية على هذا النوع من الاستحالة، و يرون أن "عمل الأمير

---

(١) انظر ،

LE ROY (D.), Op. cit., 22.

(٢) انظر في هذا المثال د. رضا محمد إبراهيم عبيد، رسالة سابقة، بند ٢٤٤، ص ٤٥٠.

(٣) انظر،

LARROUMET (Ch.), Op. cit., p. 703 ; ANTONMATTEI (P. - H.), Op. cit., p. 60.

(٤) لا نقصد هنا دراسة الأنواع المختلفة للاستحالة، سوء كانت موضوعية أو شخصية، أو مطلقة أو نسبية، وإنما سنركز فقط على الاستحالة المطلقة كأثر مترتب على القوة القاهرة، ونحيل في دراسة هذه الأنواع من الاستحالة إلى الدراسات التي تناولتها بالتفصيل. ومن هذه الدراسات، د. عبد الحى حجازى، نظرية الاستحالة، مجلة إدارة قضايا الحكومة، السنة السابعة، العدد الثاني، إبريل و يونيو ١٩٦٣، ص ١٥٧ وما بعدها، بند ٣ وما يليه ؛ د. عبد الوهاب على بن سعد الرومي، رسالة سابقة، ص ٩٥ وما بعدها، د. محمد على عثمان الفقي، استحالة تنفيذ الالتزام وآثارها، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار النهضة العربية، ١٩٩٥، بند ٥ وما يليه، ص ٢٢ وما يليها.

لا يعد قوة قاهرة إلا إذا أدى إلى استحالة مادية " [١].

ولا تقتصر الاستحالة المادية على صورة هلاك محل العقد، كما لو تهدم هذا المحل بسبب حريق أو زلزال أو أمطار شديدة، أو زوال الشيء من الوجود بسبب آفة سماوية أو حادث مادي بفعل إنسان [٢]، وإنما تمتد أيضاً إلى حالة موت الملتزم بالتنفيذ في عقد يقوم على الاعتبار الشخصي.

وقصر الاستحالة المطلقة على الاستحالة المادية هو السبب الرئيسي لعدم اعتبار الاستحالة الاقتصادية والمالية نوعاً من الاستحالة المطلقة. لذا انتصر بعض الفقه إلى القول بأن تغير الظروف الاقتصادية والمالية للعقد من الممكن أن يؤدي إلى زيادة في تكلفة تنفيذ الأداء أو يجعل تنفيذه ضاراً بأحد الأطراف ولكن لا يجعل تنفيذه مستحيلاً بشكل مطلق [٣].

وفي الواقع يجب أن نعول على الاستحالة في حد ذاتها لتمييز حدث القوة القاهرة وليس على وصف هذه الاستحالة بأنها مادية أو اقتصادية أو مالية. فكل حدث أو ظرف يؤدي إلى هذه الاستحالة المطلقة يجب اعتباره قوة قاهرة، متى توافرت باقي شروطها، بغض النظر عن طبيعة هذا الظرف. وإذا كان من الصحيح القول بأنه من النادر أن تتوافر في الأحداث الاقتصادية والمالية(كالارتفاع في الأسعار، أو ندرة المواد الأولية، أو صعوبة الحصول على النقد) صفة الاستحالة المطلقة، فإن هذا لا يجب أن يؤدى بنا إلى تقرير حكم عام برفض كل استحالة من هذا النوع . فبعض النظم القانونية الوطنية تتبنى مفهوماً موسعاً للاستحالة التي تبرئ المدين من المسئولية وتدرج فيها الاستحالة الاقتصادية [٤].

وإلى جانب الاستحالة المادية والاستحالة الاقتصادية والمالية، توجد أيضاً الاستحالة

---

(١) انظر،

JOURDAIN (P.), Op. cit., n° 546 ; BAUDRY (H.), La force majeure en droit pénal, th., Lyon, 1938, p. 79.

(٢) انظر على سبيل المثال بخصوص تهدم العين المؤجرة. نقض مدنى مصرى، ١١/٣/١٩٨٥، الطعن رقم ٥٠٧ لسنة ٩٤ قضائية، مجموعة أحكام النقض، س ٦٣، ص ٥٧٢.

(٣) انظر في هذا المعنى،

JOURDAIN (P.), Op. cit., n° 583.

(٤) " انظر على سبيل المثال. القانون الألماني. لاحقاً. بند 63 والقانون الإنجليزي. لاحقاً. بند 64.

القانونية. و تتمثل هذه الاستحالة في وجود نص قانوني أو قرار إداري يعوق تنفيذ الالتزام، كقانون صادر بسحب تراخيص التصدير أو بمنع التعامل مع الدولة التابع لها الطرف الآخر، أو بسحب الائتمان المالي المرصود لتمام العملية. وحتى تعتبر الاستحالة القانونية قوة قاهرة يجب أن تؤدي إلى استحالة مطلقة في التنفيذ وليس فقط إلى صعوبة في الحصول على النقد المطلوب أو صعوبة الحصول على التراخيص المطلوبة.

٦١- ويختلف مفهوم الاستحالة وفقاً للمعيار المتبع في تقديرها. وفي هذا الصدد يمكن أن نتبع أحد معيارين: المعيار الشخصي وهو يعتد بظروف المتعاقد الشخصية "in concerto" الذي أصبح أداؤه مستحيلاً. فتقدير مدى كفاية الوسائل الشخصية التي يمتلكها هذا المتعاقد في دفع الحدث أو تفادي الآثار الضارة الناتجة عنه هي الأساس الذي يستند إليه هذا المعيار. والجدير بالذكر أن هذه الوسائل تختلف من شخص لآخر، فالحدث الذي يكون مستحيلاً بالنسبة لمتعاقد قد لا يكون كذلك بالنسبة لمتعاقد آخر.

ويترتب على إعمال هذا المعيار أنه إذا لم تكن الإمكانات والوسائل التي يمتلكها المدين كافية لتجنب الحدث. فإن الاستحالة تكون مطلقة بالنسبة له حتى ولو كان من الممكن لمدين آخر دفع الحدث أو تخطي نتائجه، والعكس صحيح [١].

أما المعيار الموضوعي فهو الذي يقدر الاستحالة دون اعتداد بالظروف الشخصية للمتعاقد. فهو يفترض وضع شخص معتاد في نفس الظروف التي تواجد فيها المدين لقياس قدرة الوسائل، التي من المعتاد وجودها عند هذا الشخص، على دفع الحدث أو تفادي نتائجه ومقارنة هذه الوسائل والسلوك الذي اتبعه المدين بسلوك هذا الشخص المعتاد. فإن استطاع الشخص المعتاد أن يدفع الحدث أو يتخطى نتائجه، فإن الحدث لا يعد قوة قاهرة بالنسبة المدين حتى ولو كانت كذلك على المستوى الشخصي له [٢]. وتتفق غالبية الفقه وأحكام القضاء على تطبيق هذا المعيار في قياس الاستحالة التي يرتبها

---

(١) انظر في المعنى،
MABROUK (R.), Op. cit., p. 107.

(٢) انظر في تفصيل ذلك،
DEJEAN de la BATIE (N.), Appréciation " in abstracto " et appréciation " in conserto " en droit civil français, préface H. MAZEAUD, L.G.D.J, 1965, n° 102 et s.

حادث القوة القاهرة [1].

وعلى ذلك، فإن الاستحالة التي يسببها حادث القوة القاهرة يجب أن تكون استحالة موضوعية مطلقة. وليس هناك ترادف بين هاتين الخصيصتين، فكل منهما يشكل صفة مستقلة وضرورية بالإضافة إلى الأخرى. فخصيصة موضوعية الاستحالة هى التي تتعلق بالأداء محل الالتزام؛ بمعنى أن يكون موضوع الالتزام ذاته مستحيل التنفيذ. أما خصيصة الإطلاق، فتعنى ألا يستطيع أى شخص، وليس فقط المدين، أن يتغلب على العائق أو يتجنب نتائجه. وبمعنى آخر، تعنى الاستحالة المطلقة أن تنفيذ الالتزام أصبح مستحيلاً بالنسبة للكافة [2].

---

(١) انظر في ذلك،

LARROUMÿET (Ch.), Op. cit., p. 702 ; MABROUK (R.), Op. cit., p. 108.

والإشارات الواردة في هذه الصفحة. وفي موضع آخر يرى سيادته أن القضاء مع ذلك قد يعترف في النادر من الحالات ببعض الظروف الشخصية للمدين. انظر في ذلك، ص ١١٣.

وانظر عكس هذا الاتجاه،

LE ROY (D.), Op. cit., p. 19.

حيث يرى أنه " من الصعب أن نقرر بشكل مؤكد آن القضاء كرس هذا أو ذاك النوع من التقدير. ومع ذلك، يبدوا لنا أنه، في الغالب، تبنى المعيار الشخصي خاصة عندما يسمح بتوافر القوة القاهرة ".

(٢) انظر في ذلك، د. عبد الحى حجازى، مقالة سابقة، بند ٧.

المطلب الثاني
الاستحالة المطلقة في بعض النظم القانونية

٦٢- سنوضح. في هذا المطلب، على التوالي، الفارق بين الاستحالة المطلقة واستحالة التنفيذ بمفهومها الذي تعرفه بعض الأنظمة القانونية. ونبين مدى توافر هذه الاستحالة في نظرية Frustration الذى يطبقها النظام القانوني الأنجلوسكسوني.

٦٣- أولاً : الإستحالة المطلقة واستحالة التنفيذ التي تطبقها بعض النظم القانونية :

الاستحالة المطلقة كشرط مميز لحادث القوة القاهرة. على النحو الذي حددناه سلفاً، يمكن أن تختلط باستحالة أخرى تسمى "استحالة التنفيذ Impossibilité d'exécution " تعرفها بعض النظم القانونية. ففي بعض الأنظمة القانونية ينص المشرع على إبراء المدين من المسئولية إذا تواجد فيما تسميه هذه النظم " استحالة تنفيذ ". ونظراً لخلو هذه التشريعات من تعريف دقيق لاستحالة التنفيذ، فقد طبقها القضاء بشكل واسع بحيث يدخل فيها – إلى جانب حالات الاستحالة المطلقة التي تمنع المدين كلية من تنفيذ التزامه – الحالات التي يصبح فيها تنفيذ الالتزام مرهقاً للمدين من الناحية الاقتصادية. ويمعنى آخر فإن هذه القوانين لا تُقصر إبراء ذمة المدين من الالتزام على حالة الاستحالة المطلقة فقط. ولكنها مدت حالات الإبراء من المسئولية إلى حالات أخرى أدرجها القضاء متستراً في التفسير الواسع لمعنى استحالة التنفيذ. وعلى هذا فالاستحالة المطلقة تعتبر إحدى الحالات التي تطبق فيها استحالة التنفيذ.

ومن القوانين التي تأخذ بهذا النوع من الاستحالة، القانون الألماني. فالفكرة التي تحتل الصدارة في هذا القانون، والخاصة بحالة الإبراء من المسئولية، هي فكرة استحالة التنفيذ التي تنص عليها المادة ٢٧٥ من قانون الالتزامات الألماني B.G.B. و تنص هذه المادة على أن " يبرأ المدين من الالتزام بالتنفيذ متى صار هذا الأداء مستحيلاً بسبب وقوع حدث لا يد له فيه طرأ بعد نشوء الالتزام ". ويشير الفقه إلى أن هذا النص يتطلب شرطين لإبراء المدين من الالتزام هما استحالة تنفيذ

الأداء وأن يكون الحدث مستقلاً عن إرادة المدين [1]. ونظراً لخلو هذا النص من تعريف واضح ومحدد لاستحالة التنفيذ التي تبرئ المدين من الالتزام، فقد فسرها الفقه والقضاء بمعنى واسع بحيث شملت، إلى جانب الاستحالة المادية والطبيعية والقانونية [2]، الاستحالة الاقتصادية والتي تؤدي إلى إعفاء المدين لمجرد أن تنفيذه للالتزامه اصبح يفرض عليه تضحيات أكبر أو أن الفائدة التي تعود عليه من العقد لم تعد تتمشى مع التزاماته من هذا العقد [3].

والجدير بالذكر أنه في بعض حالات استحالة التنفيذ قد لا يكون المدين من الناحية الموضوعية أمام استحالة مطلقة في تنفيذ التزامه، ولكنه على العكس من ذلك يكون بصدد تنفيذ مرهق أو مكلف حيث يمكنه دائماً التنفيذ، ومع ذلك يجيز الفقه والقضاء الألمانيان إبرائه من كل مسئولية إذا واجهته هذه الظروف، كما في حالة الارتفاع المفاجئ للأسعار [4]. وقد فسر الأستاذ " ليسجيلو " LESGUILLONS التطبيق الموسع لفكرة الاستحالة من جانب القضاء الألماني بأن هذا القضاء قد استخدم المادة ٢٧٥- التي تعالج نظرية الاستحالة - كأساس لبناء نظريتين مختلفتين، هما نظرية القوة القاهرة ونظرية الظروف الطارئة [5].

واستحالة التنفيذ المنصوص عليها في هذا النص والمطبقة من المحاكم الألمانية لا تختلط أو تقلل من أهمية الاستحالة المطلقة، بل تبقى هذه الأخيرة إحدى حالات استحالة التنفيذ بمعناها الواسع، التي تجمع، بالإضافة إلى القوة القاهرة، حالات أخرى تسمح

---

(١) انظر،

LE ROY (D.), Op. cit., p. 60.

(٢) انظر في هذا المعنى،

VAN OMMESLAGHE (P.), Op. cit., p. 22.

(٣) راجع، Ibid.

(٤) راجع في ذلك،

VAN OMMESLAGHE (P.), Op. cit., p. 23 , SPARWASSER (R.), Rapports nationaux, Allemagne, in " Les modifications du contrat au cour de son exécution ", Op. cit., p. 128 et s.

(٥) انظر،

LESGUILLONS (H.), Force majeure, Frustration., Op. cit., n° 20, p. 524.

بتخلص المدين من الالتزام كما في حالة الاستحالة الاقتصادية [1].

ويطبق القانون الأمريكي أيضاً هذا المفهوم الموسع لفكرة استحالة التنفيذ. فنقابل في "Restatement of Contract" [2] فكرتين : فكرة " Frustration of contract" كما هي معروفة في القانون الإنجليزي [3]، وفكرة استحالة التنفيذ "Impossibilité d'exécution" [4]. وفيما يتعلق باستحالة التنفيذ تنص المادة ٤٥٤ من هذا التقنين على أن " الاستحالة لا تعني فقط الاستحالة المطلقة في التنفيذ، و لكن أيضاً عدم قابلية العقد لتنفيذ من الناحية العملية "Impracticability" التي قد تنتج من صعوبة أو خسارة أو ضرر فادح يقع على المدين ... " .

وعلى غرار القانون الألماني لا يتطلب القانون الأمريكي استحالة مطلقة تمنع المدين

---

(١) انظر في تفصيل هذه النقطة،

LE ROY (D.), Op. cit., p. 65 et 66.=

ولذا يقسم بعض الفقه الاستحالة في القانون الألماني إلى نوعين: استحالة موضوعية Objective Impossibility، واستحالة اقتصادية Economic Impossibility . ويدرج أصحاب هذا الرأى في النوع الأول من الاستحالة، الاستحالة المادية، والاستحالة القانونية. ويرون أيضاً أن الاستحالة الموضوعية هى التي تتشابه بالاستحالة المطلقة التي يطبقها القضاء الفرنسي فيما يتعلق بالقوة القاهرة. انظر في ذلك،

W. RIVKIN (D.), Lex mercatoria and force majeure., Op. cit., p. 180 ; LESGUILLONS (H.), Op. cit., p. 520.

(٢) يعتبر الـ Restatement of contract أحد الوثائق التي يتكون منها الـ Restatement of Law الذى يعرفه القانون الأمريكي. والـ Restatement of Law هو مجموعة وثائق أعدها المعهد الأمريكي للقانون في فترة ما بين الحربين بغرض تنسيق و تبسيط وتسهيل تطبيق أحكام الأنظمة القانونية المطبقة في الولايات المختلفة في أمريكا وحتى تتمشى هذه الأحكام مع الحاجات الاجتماعية.
ويحتوى الـ Restatement of Law على مجموعة القواعد التي تشكل الأسس الهامة في مختلف فروع القانون، وكذلك المبادئ الأساسية لأحكام المحاكم في الولايات المتحدة الأمريكية. ولا تشكل هذه القواعد قانوناً بالمعنى الدقيق للكلمة ولكنها تتمتع فقط بقيمة أدبية. ويعتبر الـ Restatement of contract أحد هذه الوثائق. راجع في تفصيل ذلك،

LE ROY (D.), Op. cit., p. 89 et 90 .

(٣) النص الذي يتعلق بهذه الفكرة هو نص المادة ٢٨٨ من " Restatement of Contract ". التي تنص على أنه "عندما يشكل محل العقد أو غرضه Objet or effect of the contract الأساس الذى أرتضى الأطراف التعاقد بهدف تحقيقه، وتخلف (Frustrated) هذا المحل أو الهدف، فإن المدين الذى أثر التزامه يبرأ من التزامه بالتنفيذ، إلا إذا وجد اتفاق مخالف ".

(٤) يعالج Restatement of Contract هذه الفكرة في ست عشرة مادة تبدأ من المادة ٤٥٤ إلى المادة ٤٦٩، في الفصل الرابع عشر منه.

من تنفيذ التزامه لإبرائه من المسئولية. ولذا فإن دور الاستحالة المطلقة لا يختلط بالدور الذي تلعبه استحالة التنفيذ في هذا القانون. فالأولى تعد من ضمن حالات تطبيق الثانية[1].

والأمر هو نفسه في قانون التجارة الأمريكي الموحد. فالاستحالة المطلقة ليست متطلبة في تطبيق المواد ٢- ٦١٣، ٢- ٦١٤ و ٢- ٦١٥ من هذا القانون. ولذا فإن نطاق استحالة التنفيذ المنصوص عليها في هذه المواد يتسع ليشمل حالات أخرى بالإضافة إلى الاستحالة المطلقة، كحالات الاستحالة الاقتصادية [2].

وتطبيق فكرة استحالة التنفيذ بهذا المعنى الواسع نقابله أيضاً في نصوص " Sale of Good Act " الذي ينطبق على الدول الاسكندنافية [3]. وتعالج المادة ٢٤ من هذا التقنين مسألة إبراء المدين من المسئولية بالنص على أنه " لا يُسأل البائع عن عدم تنفيذ التزامه إذا رجع عدم التنفيذ إلى حدوث وقائع أو ظروف لم يكن ملزماً أن يأخذها في اعتباره وقت إبرام العقد، مثل تلف البضاعة، الحرب، حظر الاستيراد أو أحداث مشابهة ". وفي تفسير هذا النص يرى بعض الفقه أنه يتضمن فكرتين: الأولى هي استحالة التنفيذ، والثانية هي القوة القاهرة. فبينما يُشار إلى القوة القاهرة بحالات الحرب وحظر التوريدات أو أية مواقف أخرى مشابهة، فإن استحالة التنفيذ يُشار إليها بالتلف الكلي للبضائع أو هلاك محل العقد [4]. ويستخدم قضاء هذه الدول القواعد المنصوص عليها في هذه المادة لإبراء المدين من مسئوليته عندما يصبح تنفيذ التزامه ضاراً به بشكل كبير مما يسبب له خسائر كثيرة، فالاستحالة المطلقة ليست إلا حالة من ضمن حالات هذا الإبراء [5].

الخلاصة إذن أنه لا يجب أن نخلط بين مصطلح استحالة التنفيذ الذي تعرفه بعض

---

(١) في نفس المعنى،

LE ROY (D.), Op. cit., p. 93.

(2)Ibid.

(٣) يقصد بالدول الاسكندنافية هنا، السويد، الدنمرك، النرويج و أيسلندا.

(٤) انظر،

RODHE (K.), Op. cit., p. 160 - 162.

(٥) انظر في هذا المعنى،

LE ROY (D.), Op. cit., p. 78.

الأنظمة القانونية، على نحو ما رأينا، وبين مصطلح الاستحالة المطلقة في التنفيذ التي تعد شرطاً أساسياً لقيام نظرية القوة القاهرة، فالمصطلحان غير مترادفين. فالاستحالة الأولى أعم وأشمل من الاستحالة المطلقة.

ومما يجب التنويه إليه في هذا الصدد أن استحالة التنفيذ لا تأخذ دائماً هذا المعنى الواسع في كل الأنظمة القانونية التي تعرفها. فعلى الرغم من أن المادة ١١٩ من القانون المدني السويسري تنص على أن "ينقضي الالتزام عندما يصبح تنفيذه مستحيلاً . . . " ، فإن القضاء السويسري لا يمد حالات الاستحالة الواردة في هذا النص إلى أزيد من حالات الاستحالة المطلقة. فاستحالة التنفيذ في هذا النص يقصد بها الاستحالة المطلقة[1].

٦٤- ثانياً : الإستحالة المطلقة ونظرية الـ noitartsurF :

ذكرنا سابقاً أن مصطلح القوة القاهرة أو Act of God لا يظهر في شريعة Common Law إلا إذا اتفق الأطراف على إعمال مضمونها [2]. وإذا كان الفقهاء الأنجلوأمريكان يعالجون فكرة استحالة التنفيذ تحت عنوان Act of God [3]، فإن النظرية السائدة في النظام الأنجلو أمريكي والتي تنص عليها تشريعات الدول التابعة لهذا النظام هي نظرية الـFrustration [4]. والتساؤل الذي يطرح نفسه، في هذا المقام. يتعلق بالمكانة التي تشغلها الاستحالة المطلقة في تطبيق هذه النظرية. فهل يمكن تطبيق نظرية الـ Frustration إذا تواجد المدين في موضع استحالة مطلقة في التنفيذ؟.

الحقيقة أن نبذة بسيطة عن تاريخ الإبراء من المسئولية في القانون الإنجليزي تسمح بالإجابة على هذا التساؤل. فقد كانت القاعدة العامة في هذا القانون، قبل عام ١٨٦٣

---

(١) انظر،
LE ROY (D.), Op. cit., p. 79.

(٢) انظر سابقاً، بند، ١٧.

(٣) مصطلح الـ Act of God هو مصطلح فقهي يستخدمه الفقهاء الإنجليز للإشارة إلى الأحداث غير معروفة المصدر والكوارث الطبيعية كالزلازل والبراكين والحرائق. ويعتبر الـ Act of God إحدى الحالات التي تطبق فيها نظرية الـ frustration التي تؤدى إلى فسخ العقد تلقائياً وانتفاء مسئولية المدين تبعاً لذلك. راجع في ذلك،
LE ROY (D.), Op. cit., p. 48.

(٤) انظر في ذلك، د. رضا محمد إبراهيم عبيد، الالتزام بالتسليم في القانون الموحد للبيع الدولي للبضائع، رسالة سابقة، بند ٢٣٩، ص ٤٤٣.

أن يظل المتعاقد ملتزماً بتنفيذ التزامه العقدي في جميع الحالات ولا يقبل منه أي عذر لتخلصه من المسئولية عن عدم التنفيذ حتى ولو قابلته استحالة مطلقة في تنفيذ أدائه[1]. والأمر كان موكولاً إلى إرادة الأطراف، فعليهم يقع عبء إدراج ما يشاءون من النصوص التي تحميهم ضد الأحداث التي قد تقع أثناء تنفيذ عقدهم . ولذا نجد على سبيل المثال، في مجال المخاطر المتعلقة بالبحر، قائمة مفصلة تحتوي على العديد من الأحداث التي من الممكن أن يدرجها الأطراف كشرط نموذجي في Charts - parties[2].

وأبدية الالتزام- بهذا المفهوم - طبقتها المحاكم الإنجليزية في كثير من القضايا بدءاً من التطبيق الأول لها في قضية Paradime V. Jane عام ١٦٤٧[3].

وقد عدل القضاء الإنجليزي عن هذا الموقف عام ١٨٦٣ في قضية " تايلور " و " كالدويل " Taylor V. Caldwell[4]. وتتمثل وقائع هذه القضية في أن " تايلور " أستأجر صالة موسيقى وحدائق يمتلكها كالدويل في إحدى المقاطعات وذلك لإقامة احتفالات ومهرجانات غنائية في أيام محددة ابتداءً من ١٧ يونيو ١٨٦١ حتى ١٩ أغسطس ١٨٦١ نظير مبلغ من المال. تهدمت الصالة فجأة على أثر حريق هائل شب بها في ١١ يونيو ١٨٦١ أى قبل بدء التنفيذ بخمسة أيام. طالب " تايلور " (المستأجر) المؤجر بالتعويض نتيجة عدم تنفيذه التزامه لعدم تمكنه من استغلال القاعة. رفضت محكمة Queen's

---

(١) انظر في هذا المعنى،

VAN OMMESLAGHE (P.), Op. cit., p. 16 ; DAVID (R.) et PUGSLEY (D.), Les contrats en droit Anglais, L.G.D.J, 2° éd., 1985, p. 305.

(٢) انظر

DAVID (R.) et PUGSLEY (D.), Op. cit., p. 305 ; LESGUILLONS (H.), Op. cit., art. 393.

(٣) انظر في هذا الحكم،

LESGUILLONS (H.), Op. cit., art. 393..

ويقول الأستاذ " دافيد " DAVID إن " هذا المبدأ أُعيد تأكيده مرة أخرى في قضية Matthey V. Curtig عام ١٩٢٢ حيث أكدت المحكمة على إن المستأجر الذي التزم بدفع الإيجار عليه أن يقوم بذلك حتى ولو حرق أو تهدم المنزل بسبب العدو " وتم تأكيده أيضاً في قضايا أخرى، انظر في تفصيل ذلك

DAVID (R.) et PUGSLEY (D.), Op. cit., p. 305.

(٤) انظر في هذا المعنى،

VAN OMMESLAGHE (P.), Op. cit., p. 16.

Bench طلب التعويض المقدم من المستأجر على أساس أن المؤجر ليس مسئولاً عن تهدم الصالة وأن التزام المؤجر أصبح مستحيل التنفيذ [1]. وقد أكدت المحكمة في هذه القضية أنه في بعض الفروض التي لا يحتوي فيها العقد على نص صريح يسمح بإبراء المدين من التزامه في حالة الاستحالة المطلقة، فإن المحاكم تفترض أن العقد يحتوي بشكل ضمني على مثل هذا الشرط [2]. وذهب بعض الفقه إلى أن هذا الحكم وضع مبدأً يقضي بأن تنفيذ الالتزام الذي يصطدم بالاستحالة المطلقة. وهي هنا هدم الصالة، يؤدي إلى فسخ العقد [3]. وطبقت المحاكم الإنجليزية هذا المبدأ في قضايا كثيرة مثل قضية "هويل" و"كوبلاند" Howell v. Coupland وقضية " شركة تاتم ذات المسئولية المحدودة للسفن" ضد "جامبوا" Tatem v. Gamboa [4].

وابتداءً من قضية "تايلور" و "كالدويل" Taylor v. Cadwell بدأت فكرة الاستحالة المطلقة تجد مكانها في نطاق تطبيق نظرية Frustration، بل إن التطبيقات الأولى للنظرية كانت تقتصر فقط على حالات الاستحالة المطلقة، سواء كانت استحالة طبيعية مثل حالات الحريق والكوارث الطبيعية [5]، أو استحالة شخصية تمتد إلى المتعاقد نفسه مثل مرض المدين أو وفاته خاصة في العقود التي تحتاج إلى تدخل المدين نفسه في تنفيذ الالتزام نظراً لقيامها على الاعتبار الشخصي [6]، أو كانت في صورة الاستحالة القانونية مثل حالات المصادرة والتأميم ورفض

---

(١) انظر في هذه الوقائع.

DAVID (R.) et PUGSLEY (D.), Op. cit., p. 306.

وانظر أيضاً، د. جعفر عبد السلام، شرط بقاء الشيء على حالة (نظرية تغير الظروف في القانون الدولي)، رسالة، مطابع دار الكتاب العربي للطباعة، ١٩٧٠. ص. ٤١٢.

(٢) انظر في هذا المعنى.

LESGUILLONS (H.), Op. cit., art. 393.

(٣) انظر.

LE ROY (D.), Op. cit., p. 53.

(٤) انظر في هذه القضايا وقضايا أخرى،

DAVID (R.) et PUGSLEY (D.), Op. cit., p. 306.

(5) VAN OMMESLAGHE (P.), Op. cit., p. 17.

(٦) انظر،

DAVID (R.) et PUGSLEY (D.), Op. cit., p. 307.

منح رخص التصدير والاستيراد أو منح التأشيرات اللازمة لتنفيذ المدين لالتزامه [1].

وأهمية الاستحالة المطلقة في تطبيق نظرية الـ Frustration يشير إليها عدد كبير من الأحكام الصادرة من المحاكم البريطانية. ففي عقد بيع التزم البائع بأن يسلم بعض البضائع أثناء شهر أكتوبر ونوفمبر عام ١٩٥١. وفي ١٥ أكتوبر ١٩٥١ صدرت لائحة إدارية تمنع استيراد هذه البضائع بدءاً من أول نوفمبر من نفس العام. اعتبر البائع أنه في حالة Frustration تسمح له بعدم تنفيذ التزامه بالتسليم وتبرئه من توريد البضائع المتفق عليها لأنه لم يسلم شيئاً منها في شهر أكتوبر، ولم يعد من الممكن له أن يسلمها في شهر نوفمبر بسبب الحظر المفروض.

وقد رفضت المحكمة حجة البائع لأنه لم يقم الدليل على أنه كان أمام استحالة مطلقة تمنعه من التسليم في الفترة من ١٥ أكتوبر حتى نهايته وهي الفترة التي علم فيها بقرار الحظر الذي سيكون سارياً من أول نوفمبر [2]. في هذه القضية انتهت المحكمة إلى عدم تطبيق نظرية Frustration لأن المدين لم يكن أمام استحالة مطلقة بل كان أمامه الوقت ليجد طريقة يستطيع بها تنفيذ التزامه.

وفي أحد الأحكام الصادرة في قضية بين إيران والولايات المتحدة الأمريكية سنة ١٩٨٣ ناقشت المحكمة أيضاً مدى تطبيق نظرية الـ Frustration في ضوء القانون الخاص بمدينة نيويورك، وهو القانون المطبق على العقد. وانتهت المحكمة إلى عدم توافر العنصر الأساسي لهذه النظرية وهو استحالة تنفيذ الأداء . وقد قسمت المحكمة هذه الاستحالة إلى نوعين، استحالة مطلقة Absolute Impossibility واستحالة نسبية Impossibility Relative. والاستحالة المطلقة هي التي تجعل تنفيذ الأداء مستحيلاً بصفة كلية. أما الاستحالة النسبية فهي التي تجعل هذا التنفيذ مختلفاً في المواصفات المنصوص عليها في العقد [3].

وفي قضية "جاولد ماركتنج" انتهت المحكمة إلى أن الثورات والقلاقل والعصيان

---

(١) انظر.

LESGUILLONS (H.), Op. cit., art. 393.

(٢) قضية، Ross. T. Sayth co. ltd. (Liverpool) v. U.N. Lindsav ltd. (Leith), 1953.مشار إليها في.
LE ROY (D.), Op. cit., p. 54.

(٣) قضية، Queens Office Tower Association v. Iran Air. 1983، مشار إليها في. =

المدني الناشئ عنها خلقت نوعاً من استحالة التنفيذ التي تشكل حالة قوة قاهرة على الأقل في المدن الرئيسية في إيران. وأكدت المحكمة أنها عندما تستخدم مصطلح القوة القاهرة فإنها تشير إلى الظروف الاجتماعية والاقتصادية التي تخرج عن متناول الدولة والتي لا تستطيع أن تسيطر عليها ولذا قضت المحكمة بفسخ العقد في منتصف عام ١٩٧٩[1].

والخلاصة أن نظرية الـ Frustration تواجه، في أحد حالات تطبيقها، الفروض التي تتوافر فيها استحالة مطلقة في التنفيذ مثلها في ذلك مثل نظرية القوة القاهرة[2]، ولكن يبقى الفارق بينهما في أن النظرية الأولى لا تقتصر في تطبيقها على حالة الاستحالة المطلقة فقط، وإنما يمتد نطاقها إلى الحالات التي لا تتوافر فيها هذه الاستحالة والتي تدخل بصفة عامة في نطاق نظرية الظروف الطارئة في القوانين التي تأخذ بها أو في نطاق شرط الـ Hardship ، هذا من ناحية.

ومن ناحية أخرى هناك فارق بين النظريتين أيضاً في الأساس الذى تستند إليه كل منهما في فسخ العقد على نحو ما بيننا سابقاً[3].

=KHALILIAN (S. K.), Controversial Theory of Frustration before Iran - United States claims tribunal, J. of int. arb., vol. 7, September 1990, p. 6.

(١) قضية. Gould Marketing Inc v. Ministry of National Defense ، مشار إليها في مرجع سابق. ص ٧ وأحكام أخرى مشار إليها في هذه الصفحة وأيضاً ص ٨.

(٢) انظر في هذا المعنى،

PHILIPPE (D.), Op. cit., p. 203.

(٣) راجع سابقاً، بند ٣٨.

المبحث الثاني
الاستحالة المطلقة في قرارات التحكيم

٦٥- يتطلب قضاء التحكيم، على غرار القضاء الوطني، أن يؤدي حادث القوة القاهرة إلى استحالة مطلقة في تنفيذ العقد. كما تتواتر قرارات التحكيم الصادرة في هذا المجال على رفض تطبيق أحكام القوة القاهرة في الحالات التي يظهر فيها أمام المدين حل بديل يستطيع به تنفيذ التزاماته.

وسوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نعالج في الأول ضرورة توافر الاستحالة المطلقة في حادث القوة القاهرة، ونبين في الثاني مدى اهتمام المحكمين بالبحث عن وجود بديل لتنفيذ العقد يمنع المدين من التمسك بالقوة القاهرة.

المطلب الأول
ضرورة توافر الاستحالة المطلقة في حادث القوة القاهرة

٦٦- يحرص المحكمون دائماً في القرارات التي يصدرونها على إظهار شرط الاستحالة المطلقة في التنفيذ كشرط أساسي لقيام حالة القوة القاهرة. ويتطلب قضاء التحكيم في الحدث المكون للقوة القاهرة أن يؤدي إلى استحالة مطلقة بالمعنى الدقيق للكلمة.

وسنعالج في هذا المطلب على التوالى تطبيقات الاستحالة المطلقة بالمعنى الدقيق في قضاء التحكيم، وموقف هذا القضاء من هذه الاستحالة في حالة الالتزام بمبلغ نقدي.

٦٧- أولاً : استحالة مطلقة بالمعنى الدقيق :

تتبنى قرارات التحكيم التجارى الدولي المفهوم الضيق والمطلق لفكرة استحالة التنفيذ كشرط ضروري لوصف الحدث بالقوة القاهرة. خاصة في حالة عدم وجود مفهوم مرن لها اتفق عليه الأطراف صراحة في العقد. ولا يختلف موقف قضاء التحكيم في هذا الصدد أياً كان القانون الذي يطبقه المحكم على موضوع العقد والذي في ضوء أحكامه سيحدد مفهوم القوة القاهرة سواءً استند في حكمه إلى قانون وطني أم إلى المبادئ العامة للقانون.

ومن القرارات التي تطلب فيها قضاء التحكيم استحالة مطلقة في حادث القوة القاهرة وفقاً لأحكام قانون وطني، القرار الصادر في القضية رقم ١٧٠٣ لسنة ١٩٧١ [١]. فعلى أثر اندلاع الأعمال العدائية التي نشبت بين الدولتين التابع لهما طرفا عقد تسليم مصنع " تسليم مفتاح clés en main "X و Y. اضطر عدد كبير من عمال الشركة المدعى عليها على ترك دولة الشركة المدعية في بداية الأعمال العدائية وعدم تكملة إنشاء المصنع محل العقد. وبعد انتهاء هذه الأعمال طالبت الشركة المدعية من المدعى عليها أن تكمل تنفيذ التزاماتها الناشئة عن العقد. احتجت الشركة المدعى عليها بأن هذه الأعمال العدائية تمثل بالنسبة لها قوة قاهرة يستحيل معها الاستمرار في تنفيذ العقد.

---

(١) قرار غرفة التجارة الدولية، القضية رقم ١٧٠٣ لسنة ١٩٧١، وارد في مجموعة القرارات الصادرة عن غرفة التجارة الدولية، المجموعة الأولى ١٩٧٤- ١٩٨٥، ص ١٩٥ - ١٩٧.

وافقت هيئة التحكيم على حجة الشركة المدعى عليها بوجود استحالة حقيقية في التنفيذ أثناء الأعمال العدائية وبعدها على الأقل بعشرين يوماً. واعتبرت أن " الظروف التي تتواجد فيها الدولة نتيجة الأعمال العدائية بما فيها ردود الأفعال تجاه رعايا دولة المدعى عليها تخلق موقفاً، وفقاً للتقدير المعقول، يحمل تهديدات ضد أمن هؤلاء العمال وأمن أسرهم، ومن ثم لا يمكن أن يجبروا على البقاء في هذه الدولة. . . "[1]. ولم توافق الهيئة على وجود مثل هذه الاستحالة بعد مدة عشرين يوماً من انتهاء الأعمال ولم تر في صعوبات الحصول على التأشيرات التي تواجه هذه الشركة ولا الصعوبات المالية الناتجة من إلغاء الاعتماد المالي ما يشكل استحالة مطلقة في التنفيذ.

ونفس الفكرة طبقها المحكم الإنجليزي الفرد الذي نظر النزاع بين المشتري الأسترالي والبائع الإسرائيلي والذي كان محل تحكيم في القضية رقم ٢٥٤٦[2]. ففي هذه القضية تمسك البائع الإسرائيلي بحالة القوة القاهرة المتمثلة في وجهة نظره في حرب أكتوبر ١٩٧٣ والتي تسببت في غلق مصنعه حتى مارس ١٩٧٤، وتسببت في اضطراب المواصلات داخل وخارج إسرائيل. وتمسك البائع أيضاً بأنه بعد الحرب ارتفعت الأسعار ارتفاعاً كبيراً مما اضطره إلى وقف توريد المنتجات المتفق على توريدها حتى يحصل من المشتري على موافقة على أسعار جديدة للتوريد.

قبل المحكم حجة البائع الإسرائيلي بوجود حالة قوة قاهرة تبرئه من المسئولية أثناء الحرب. أما بعد أن وضعت الحرب أوزارها واعتباراً من عام ١٩٧٤، فلم ير المحكم أن البائع كان في حالة استحالة مطلقة في التنفيذ؛ إذ كان يمكنه استئناف التوريد. وفسر المحكم ذلك بأن ارتفاع الأسعار لا يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً ولا يعطيه الحق في وقف التوريد، مع التسليم بأن التوريد قد أصبح أكثر تكلفة.

وتطبيق آخر نجده في القرار الصادر بصدد عقد بيع كميات من الكربون بين مشروعين X و Y[3]. ففي هذا القرار فحصت الهيئة طلب التعويض المقدم من المشروع

---

(١) القرار السابق، ص ١٩٦.

(٢) قرار غرفة التجارة الدولية، غير منشور، وارد في،
Werner Melis, Force majeure and Hardship clauses, Op. cit., p. 217 et 218.

(٣) قرار التحكيم الصادر في القضية رقم ٢٥٠٨ لسنة ١٩٧٦، وارد في المجموعة الأولى من القرارات، ص ٢٩٢ - ٢٩٦

X ضد المشروع الآخر لعدم تنفيذ التزامه بتسليم الكميات المتفق عليها في العقد. دفع المشروع Y هذا الطلب بأن عدم تسليمه هذه الكميات يرجع إلى ارتفاع في سعر البترول في السوق العالمية منذ إبرام العقد، وأن ارتفاع الأسعار بهذا الشكل يتعارض، في وجهة نظره، مع تنفيذ العقد دون إجراء تعديل له، وقد كان هذا التعديل مستحيلاً بسبب رفض المشروع X للاقتراحات التي قدمها له.

وقد رفض المحكمون أن يعتبروا مجرد التغير في الظروف الخارجية للعقد، وفقاً للقانون السويسري المطبق، استحالة مطلقة في تنفيذ التزام Y بالتسليم (١).

وفي قضية أخرى تعلق الأمر بعقد أُبرم بين شركة إيطالية (المدعية) وشركة أسبانية (المدعى عليها) عهدت فيه الأولى إلى الثانية ببيع منتجات من إنتاجها مع تضمين العقد نصاً يقضي بإعطاء الشرطة الأسبانية الحق في إنتاج هذه المنتجات بنفسها وتوزيعها في أسبانيا إذا ما أصبح تصدير المنتجات محل الدعوى من إيطاليا إلى أسبانيا مستحيلاً أو أصبح صعباً من الناحية الموضوعية. وفي هذه الحالة تدفع الشركة الأسبانية إلى الإيطالية نسبة تعادل ١٠٪ من قيمة مبيعاتها. وأمام صعوبات كبيرة في التنفيذ قابلت الشركة الأسبانية، ألغت هذه الأخيرة العقد وأجرت صناعة مباشرة للمنتجات. وفي دفعها لطلب التعويض الذي قدمته الشركة الإيطالية، استندت الشركة الأسبانية إلى أن تنفيذ العقد أصبح مستحيلاً بسبب الانخفاض في قيمة العملة الأسبانية " Peseta " وكذلك التطورات التي حدثت في السوق الأسبانية (٢).

لم تسمح هيئة التحكيم بأن مجرد التطورات في السوق الأسبانية وانخفاض قيمة العملة يؤدي إلى استحالة مطلقة تجيز فسخ العقد. وتقول الهيئة في ذلك " إن خطاب المدعى عليها ... يبرر فسخ العقد من وجهة نظرها بالتطورات التي حدثت في السوق الأسبانية بسبب الإجراءات المتشددة التي اتخذتها الحكومة الأسبانية وأيضاً بسبب انخفاض في قيمة Peseta. وهذا الرأي ينسى أن فسخ العقد ليس ممكناً، لا في القانون الفرنسي ولا في القانون الإيطالي، إلا في حالة خطأ يرجع إلى الطرف الآخر أو في حالة قوة قاهرة التي يجب إثباتها من الطرف الذي يتمسك بها، هذا ما لم يرد نص مخالف

---

(١) انظر القرار السابق، ص ٢٩٣.

(٢) قرار تحكيم غرفة التجارة الدولية، القضية رقم ١٩٩٠ لسنة ١٩٧٢، وارد في ، المجموعة الأولى من القرارات، ص ١٨٩- ٢٠٤، تعليق الأستاذ " ديران " DERAINS (Y.).

في العقد. ولا يوجد في خطاب المدعى عليها ... لا إشارة إلى خطأ المدعى ولا إلى قوة قاهرة تتمثل في منع الحكومة الأسبانية استيراد المنتجات محل العقد " [1].

ولا يختلف الأمر لو بنى المحكم قراره على أساس المبادئ العامة للقانون سواء طبقها بشكل صريح أو بشكل ضمني [2]. ففي القرار الصادر في القضية رقم ٢٤٧٨ [3] فصلت هيئة التحكيم في طلب التعويض المقدم من شركة فرنسية ضد شركة رومانية ترتبط معها بعقد بيع كميات من الكربون بسبب عدم تسليم هذه الأخيرة الكميات المتفق عليها في العقد. وقد تمسكت الشركة الرومانية في دفعها لطلب التعويض بأن القرارات الصادرة من السلطات الرومانية بإلغاء رخصة تصدير الكربون ينتج عنها استحالة مطلقة في تسليم الكميات المطلوبة وتخلصها من كل مسئولية.

فصلت الهيئة في هذه الحجة قائلة "إن الأسباب المثارة من المدعى عليها في صالح فسخ العقد تثير مشكلتين مرتبطتين بالارتفاع الحقيقي لأثمان المنتجات البترولية في السوق العالمية. فمن ناحية، يتعلق الأمر بتعيين النطاق الحقيقي للملحق ٢ من العقد ... ، ومن ناحية أخرى، بتحديد، على أساس المبادئ العامة للقانون، ما إذا كان هناك، أثناء النصف الثاني من عام ١٩٧٣، استحالة حقيقية في تنفيذ العقد لا ترجع إلى المدعى عليها سواء بسبب تدخل الظروف المادية أو عمل الأمير" [4]. وأكدت الهيئة في موضع آخر من القرار توافر الاستحالة المطلقة في قرار السلطة الرومانية التي تحتج بها الشركة الرومانية. وتقول الهيئة في ذلك" إن إلغاء رخص التصدير من السلطات الرومانية يشكل، بشكل مسلم به، حالة قوة قاهرة على أساس المبادئ العامة للقانون وعلى أساس

---

(١) القرار السابق، ص ٢٠٠.

(٢) نقصد بالتطبيق الصريح من المحكم للمبادئ العامة للقانون أن يلجأ مباشرة إلى تطبيقها ويذكر ذلك في حيثيات القرار الصادر منه. أما التطبيق الضمني لها فيكون في حالة تصديه مباشرة إلى تحديد مفهوم معين لحادث القوة القاهرة ولاستحالة التنفيذ وبصفة خاصة عندما يكون العقد خالياً من هذا التحديد، فهو يستند في هذه الحالة إلى المبادئ العامة للقانون.

(٣) القرار الصادر في القضية رقم ٢٤٧٨ لسنة ١٩٧٤، مشار إليه سابقاً، ص ٢٣٣ - ٢٣٦.

(٤) القرار السابق، ص ٢٣٣.

المادة التاسعة من العقد" [١].

وفي القضية رقم ٢١٤٢ [٢] تصدت هيئة التحكيم من تلقاء نفسها لتحديد معنى استحالة التنفيذ المترتبة على حدث القوة القاهرة. فعلى أثر تأميم ونقل ملكية مشروع وطني يعمل في استخراج المواد الأولية في دولة آخذة في النمو، هددت الشركات التي كانت تستغل هذه المناجم حتى التأميم بالحجز على كل منتج من هذه المصادر تم بيعه عن طريق هذا المشروع الوطني. وفي فترة ما بين التأميم وهذه التهديدات عقد المشروع الوطني سلسلة من بيوع FOB مع مشترين من عديد من الدول لتصريف المنتجات المأخوذة من المناجم التي تم تأميمها. لم يتسلم بعض من هؤلاء المشترين هذه المنتجات بحجة أن التهديدات الصادرة من الشركات التي كانت تستغل المشروع تعوقهم من التسليم وتمثل بالنسبة لهم استحالة مطلقة تعفيهم من التزامهم.

رفضت هيئة التحكيم هذا الدفع من جانب المشترين وأكدت أن "التهديدات التي تحتج بها الشركات لا ينتج عنها استحالة مطلقة في تنفيذ التزاماتهم بتسلم هذه المنتجات". وقد بنت الهيئة هذا الرأى على أساس أن هناك مشترين آخرين استطاعوا نقل المنتجات محل العقد في نفس الفترة [٣].

٦٨- ثانياً: الإستحالة المطلقة والإلتزام بدفع مبلغ نقدي :

قدمنا أن قضاء التحكيم يتطلب لوصف الحدث بالقوة القاهرة أن يؤدى هذا الحدث إلى استحالة مطلقة في تنفيذ الالتزام. وتعني الاستحالة، كما يطبقها قضاء التحكيم، غياب كل وسيلة يمكن بها للمدين تنفيذ التزامه. ويثير هذا المفهوم المطلق للاستحالة التساؤل عن مدى توافرها إذا ورد التزام المدين على مبلغ نقدى ؟

والأصل في العقود الداخلية أن المدين بالتزام نقدي لا يكون أبداً في استحالة مطلقة تعفيه من تنفيذ التزامه أعمالاً لقاعدة "المثليات لا تهلك genera non pereunt" [٤].

---

(١) القرار السابق، ص ٢٣٤.

(٢) قرار تحكيم غرفة التجارة الدولية. القضية رقم ٢١٤٢ لسنة ٩٧٤، وارد في، المجموعة الأولى، ص ١٩٤ - ١٩٥.

(٣) قرار سابق، ص. ١٩٤.

(٤) انظر،

MABROUK (R.), Op. cit., p. 97 et 98.

وتعنى هذه القاعدة أن الأشياء المثلية (المعينة بنوعها) يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء. هذا بعكس الحال في الأشياء القيمية (المعينة بذاتها) التي تتميز بخصوصية تميزها عن بعضها، ولا يوجد لها نظير في السوق ولا يقوم بعضها مقام البعض في الوفاء[١]. و تنطبق هذه القاعدة دون نص صريح عليها من جانب الأطراف [٢].

ويترتب على هذه القاعدة أن هلاك الأشياء القيمية ينقضى به الالتزام؛ لأن تنفيذه يصبح بهذا الهلاك مستحيلاً. أما هلاك الأشياء المثلية فلا يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً، بل يظل قائماً، فالمثليات في نظر القانون لا تعدم [٣].

وتعتبر النقود المثال الحى للأشياء المثلية التي تقدر بين الناس بالعدد. ولذا عندما يكون محل الالتزام مبلغاً نقدياً فيجب القول بأن المدين لا يبرأ مطلقاً من التزامه حتى ولو عجز عن تنفيذ هذا الالتزام ، كما في حالة إعسار المدين أو إفلاسه، لأن الأمر يتعلق بالأحرى بصعوبة في التنفيذ وليس باستحالة تنفيذ [٤]. فلو كان المتعاقد مديناً بألف جنيه على سبيل المثال، فإن الوفاء بأى ألف أخرى تبرئ به ذمته [٥]. وهذا ما عبرت عنه محكمة ORLÉAN بقولها "إن قطعة من النقود تقوم مقام باقي القطع" [٦].

---

(١) انظر في ذلك، المادة ٨٥ من القانون المدنى المصري ؛ وانظر في شرح هذه المادة ، د. محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، المدخل لعلوم القانونية، نظرية الحق، مكتبة الجلاء بالمنصورة، ١٩٩٥ ، ،بند ٢٨٥، ص. ٥٥٦؛ د. أحمد شوقى عبد الرحمن، النظرية العامة للحق، مكتبة الجلاء الجديدة، ١٩٩٨، ص. ١٤١.

(٢) انظر ،

FONTAINE (M.),Op. cit., P. 233.

(٣) د. حسن كيره، المدخل إلى القانون، الطبعة الخامسة، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٧٤، بند ٣٧٥، ص ٧٢١؛ د. محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، مرجع سابق،مرجع سابق، نفس الموضع، د. أحمد شوقى عبد الرحمن، مرجع سابق، ١٤٢؛ د. محمد على عثمان الفقي، استحالة التنفيذ وآثارها ، مرجع سابق، بند ٢٧، ص ٥٧؛ وانظر أيضاً في نفس المعنى،

LARROUMET (Ch.), Op. cit., p. 703 ; MABROUK (R.), Op. cit., p. 97 et 98.

(٤) د. عبد الوهاب على بن سعد الرومى، رسالة سابقة، بند ٩٧، ص ١٨٦,٠

(٥) انظر في هذا المثال، د. محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، مرجع سابق، بند ٢٨٣، ص ٥٥٣.

(6) Cour d'appel de Orléan, 25 octobre, 1973, RTD. civ., 1976, p. 151, obs., DURRY

وانظر حكم النقض الصادر برفض هذا الحكم واعتبار المحكمة بطالة المدين يمكن أن تشكل، في حالات خاصة، سبباً للإعفاء من الالتزام، نقض مدني فرنسي، الغرفة الثالثة، ١٠ إبريل ١٩٧٥ ، وارد في نفس المجلة، نفس الصفحة ونفس الملحوظات.

ويتفق الفقه على هذه القاعدة ويرون أن "التنفيذ العينى للالتزام بدفع مبلغ من النقود يكون ممكناً دائماً، ولا يعتبر ولا يتصور أن يكون التنفيذ مستحيلاً في مثل هذا النوع من الالتزام" [١].

والجدير بالذكر أن هناك بعض الحالات النادرة في العقود الداخلية قد يتصور فيها استحالة تنفيذ الالتزام بدفع مبلغ نقدى . ومن هذه الحالات صدور تشريع تخرج على أثره عمله معينة من دائرة التعامل أو تلغيها الدولة أو توقف العمل بها تطبيقاً لسياسة مالية معينة، ففي هذه الحالات يستحيل على الأطراف تنفيذ التزامهم بالدفع بهذه العملة.

وإن كانت هذه القاعدة هى نفسها المطبقة في عقود التجارة الدولية [٢]، إلا أنها تأخذ أبعاداً أخرى في تنفيذ هذه العقود. فتدخل الدولة في الحياة الاقتصادية وخاصة في العقود الدولية ذات الأهمية الكبيرة، يمكن أن يؤدي إلى صعوبات حقيقية في الحصول على النقد. بل تصل هذه الصعوبات في بعض الأحيان إلى درجة الاستحالة.

وفي هذا الصدد يمكن أن نتخيل فرضين: في الأول يتأثر الالتزام النقدي بالتغيرات التي قد تحدث في قيمة العملة التي سيتم بها تنفيذ العقد. أما في الثاني فيتعلق بالقرارات التي قد تصدر من السلطات الوطنية التابع لها المشروع الوطني والتي قد تمنع أو تقيد بها تداول العملة مما يصعب على هذا المشروع الحصول عليها.

٦٩- وفي الفرض الأول الذي تحدث فيه تعديلات كبيرة في قيمة العملة وخاصة بالانخفاض الشديد في سعرها، فإنه يصعب القول إن هذه التعديلات يمكن أن تشكل استحالة مطلقة في تنفيذ العقد وإن كان من الممكن أن تترتب عليها أضرار كبيرة لأحد المتعاقدين. هذا ما أكدته هيئة التحكيم في القرار الصادر في القضية رقم ١٩٩٠ السابقة بقولها" .... بالنسبة لانخفاض قيمة Peseta الأسبانية، فمن الممكن أن يجعل

---

(١) د. عبد النعم البدراوى، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، الجزء الثاني، أحكام الالتزام، بدون ناشر، ١٩٩٣، بند ١٦، ص ٢٧ – ٢٨.

(٢) تنص على هذه القاعدة صراحة بعض القوانين الوطنية التي صدرت بصدد التجارة الدولية. مثال لذلك، قانون ٥ فبراير ١٩٧٦ الألماني الخاص بالعقود الاقتصادية الدولية (مادة ٧/٢٩٣). وتنص عليها أيضاً مبادئ Unidroit الخاصة بعقود التجارة الدولية (مادة ٧-٢-١).

الاستيراد من إيطاليا إلى أسبانيا أكثر تكلفة ولكنه لا يجعله مستحيلاً "[1].

ومع ذلك يذهب بعض الفقه إلى أنه يجب الأخذ في الاعتبار طبيعة العقد والمبالغ الكبيرة التي يفرضها تعديل قيمة العملة في تقدير أثر التغيرات في هذه العملة على تنفيذ العقد. فأحياناً يؤدي هذا التغير إلى نتائج تجعل تنفيذ العقد غير ممكن بالشكل المنصوص عليه في العقد، فهي وإن لم تجعله مستحيلاً إلا أنها أثرت في تنفيذه بشكل كبير[2].

٧٠- الفرض الثاني ، والأمر لا يختلف في الفرض الذي تفرض فيه الدولة قرارات أو تشريعات مالية تمنع نقل الأموال أو تحركها من الدولة لأسباب تتعلق بالسياسة المالية التي تتبعها. والواقع أنه وإن كان من السهل، من الناحية النظرية ، أن يعوق عدم نقل الأموال تنفيذ الالتزام بالدفع[3]، فإن قضاء التحكيم يؤكد دائماً في أحكامه على عدم وجود استحالة مطلقة في هذه الحالة.

ومن تطبيقات ذلك، القضية التي تتمثل وقائعها في أن شركة نرويجية لم تنفذ التزامها بتسلم كميات البترول المتفق عليها إلى مشروع وطنى تابع لإحدى الدول المنتجة للبترول وفقاً لأحكام العقد المبرم بينهما. وقد استندت الشركة النرويجية في دفع مسئوليتها عن عدم التنفيذ، إلى وجودها أمام استحالة مطلقة ترجع إلى القرارات الصادرة من سلطات النقد النرويجية والتي تعارض فيها تنفيذ الصفقة بسبب أنها تؤدى إلى خسارة

---

(١) انظر، ص. ٢٠٠ من المجموعة الأولى من القرارات. وما قضى به قضاء التحكيم في هذه القضية يتمشى مع ما ينص عليه قانوننا المدني في المادة ١٣٤ منه التي تجرى نصها كالتالي " إذا كان محل الالتزام نقوداً، التزام المدين بقدر عددها المذكور في العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو انخفاضها وقت الوفاء أى أثر".

(٢) انظر في هذا الصدد،

LE ROY (D.), Op. cit., p. 268.

(٣) انظر في هذا المعنى،

FONTAINE (M.), Op. cit., p. 233.

وقارن الأستاذ "ريفكين RIVKIN" الذي يرى أنه "يكون المدين بصدد استحالة من الناحية الموضوعية إذا لم يتمكن من الحصول على النقد المطلوب أو على البضاعة حتى ولو كانت معينة بنوعها. ومن أمثلة هذه الاستحالة عدم وجود البضاعة في السوق، مصادرة البضاعة من جانب الجهات الحكومية، وجود عجز شديد في البضاعة، عدم إمكان نقلها بسبب قيود جمركية جديدة أو فرض ضرائب باهظة عليها. والمدين تبرأ ذمته في هذه الحالات مادام أنه ليس مسئولاً عن ذلك " .

W. RIVKIN (R.), Op. cit., p. 181.

كبيرة في النقد بالنسبة للنرويج [1].

وفي ردها على هذا الدفع، رفضت هيئة التحكيم اعتبار صعوبة الحصول على النقد حالة استحالة مطلقة وتقول الهيئة في ذلك " .... وحيث إن حادث القوة القاهرة هو حادث تتمثل فيه خصائص عدم التوقع (بمعنى أنه في لحظة تدخله لا يوجد أي سبب خاص يجعلنا نفكر في حدوثه) ، واستحالة الدفع irrésistabilité (بمعنى أن المدين يتواجد في حالة استحالة مطلقة تمنعه من تنفيذ العقد) ، وحيث إنه في القضية الماثلة لا تتوافر العناصر المشكلة للقوة القاهرة " . فإن عدم تنفيذ الالتزام لم يكن مبرراً [2].

ونفس المبدأ طبقته هيئة التحكيم في القضية رقم ١٧٠٣ سالفة الذكر. فإلى جانب تمسك الشركة المدعى عليها بالأعمال العدائية زاعمة أنها تشكل بالنسبة لها حالة قوة قاهرة. تمسكت أيضاً بالقرارات التي أصدرتها حكومتها بإلغاء الاعتماد المالي الذي كان مفتوحاً لها والذى كانت عن طريقه تستطيع تنفيذ التزامها بتكملة الأعمال المتفق عليها.

رفضت هيئة التحكيم هذا الدفع من جانب الشركة المدعى عليها ولم تر في إلغاء الاعتماد المالي استحالة مطلقة تمنع هذه الشركة من تنفيذ التزاماتها [3].

الخلاصة إذن أن قضاء التحكيم يبقى مخلصاً في تطبيقاته لقاعدة " المثليات لا تهلك genera non pereunt " . ويشير دائماً إلى أن صعوبة الحصول على النقد أو الصعوبات المالية صفة عامة لا ترقى إلى استحالة التنفيذ التي تبرئ من المسئولية.

ومع ذلك قد يثور الشك حول عدم توافر الاستحالة المطلقة في حالة إحلال عملة أخرى محل العملة المتفق عليها في العقد. خاصة عندما يحدد الأطراف عملة معينة يجب أن يتم بها التنفيذ. فلو اتفق الأطراف على أن يكون الدفع بالدولار في إيطاليا فهل يكون المدين قد نفذ التزامه لو دفع بالمارك الألماني ؟ [4].

الواقع، أننا لا نقابل قرار تحكيم أثيرت فيه هذه المسألة. وعلى ما يبدو لنا أنه مادام

---

(١) قرار التحكيم الصادر في القضية رقم ٢٢١٦ لسنة ١٩٧٤، وارد في المجموعة الأولى من القرارات، ص ٢٢٤ - ٢٣٠.

(٢) القرار السابق، ص ٢٢٦.

(٣) راجع المجموعة الأولى من قرارات التحكيم ، ص ١٩٥ وما يليها.

(٤) انظر.، FONTAINE (M.). Ibid.

المدين يستطيع أن ينفذ التزامه فلا يكون بصدد استحالة مطلقة حتى ولو كان التنفيذ بعملة أخرى تختلف عن المنصوص عليها في العقد.

المطلب الثاني
الاستحالة المطلقة والبحث عن بديل للتنفيذ

٧١- لا تتوافر الاستحالة المطلقة إذا وجد أمام المدين أى بديل يمكن أن ينفذ به التزامه. ولذا فوجود بديل للتنفيذ يحول دون توافر صفة الاستحالة المطلقة ولا نكون بصدد قوة قاهرة في هذه الحالة. وتعكس قرارات التحكيم اهتمام المحكمين بالبحث عن وجود هذا البديل وإن كان هذا البحث يصطدم بصعوبات كبيرة.

وسوف نعالج في هذا المطلب ، أولاً : البحث الدقيق من جانب المحكمين عن هذا البديل، وثانياً : الصعوبات التي تواجه البحث عن البديل.

٧٢- أولاً : البحث الدقيق عن البديل :

يرفض قضاء التحكيم تمسك المدين بالقاهرة القاهرة إذا كان في مكنته وسيلة أخرى يستطيع بها التنفيذ حتى ولو كانت الوسيلة الجديدة ترهقه مالياً أو تفرض عليه التزامات جديدة [١].

ويُذكّر قضاء التحكيم دائماً، المدين بواجبه نحو البحث عن وجود بديل يتفادى به عقبة التنفيذ. ويعلن بوضوح رفضه الدائم للموقف السلبي الذي قد يفضل المدين، في بعض الأحيان، اتخاذه متمسكاً بنظرية القوة القاهرة لتخلصه من الالتزام. وهذا ما يعكسه جيداً موقف هيئة التحكيم من النزاع الذي نشب بين شركة تضامن ألمانية وبين مشروع يوغسلافي [٢]. وتتمثل وقائع هذه القضية في اتفاق تم بين الطرفين تلتزم بمقتضاه الشركة الأولى بتسليم أسطول من عربات النقل وتأمين عمليات الصيانة لثلاث مصانع مقامة في دولة عربية. وعلى أثر عدم تنفيذ الشركة الألمانية الشق الثاني من التزاماتها، ودفعاً لطلب التعويض الذي قدمه المشروع اليوغسلافي، أثارت الشركة واقعة أن ممثليها من الأصل الإسرائيلي لم يتمكنوا لأسباب سياسية، على ما يبدوا لها، من الحصول على تأشيرات الدخول لهذه الدولة العربية ولذا لم يتمكنوا من الوصول إلى أماكن وجود هذه

---

(١) انظر في هذا المعنى،

LE ROY (D.), Op. cit., p. 171 ; LESGUILLONS (H.), Op. cit., Lamy, art. 418.

(٢) قرار غرفة التجارة الدولية، القضية رقم ١٧٨٢ لسنة ١٩٧٢، المجموعة الأولى من القرارات، ص ٢٣٠ - ٢٣١.

المصانع.

رفضت الهيئة هذه الحجة بقولها " في رأي المحكمين، كان يجب على الشركة الألمانية أن تتخذ الإجراءات المناسبة للتأمين الفعلي للاثنتى عشرة عربة التي توجد في الدولة العربية وقت إبرام العقد ... كما وجدت وسيلة لتخليص جمارك عربات الشركة X ..... وكان يجب عليها أيضاً أن تجد وسيلة لاحترام التزاماتها بتأمين خدمة الصيانة، قطع الغيار، الضمان، .... في مكان إنشاء المصانع في .... أو بإجراء اتفاق يلتزم بمقتضاه فنى آخر بالقيام بالصيانة سواء عن طريق مشروع يوغوسلافي أو مشروع من دولة عربية أخرى، كما فعلت بالنسبة لسائقي عربات النقل.... "[1].

و في القرار الصادر في القضية رقم ١٧٠٣ سالف الذكر، أشارت الهيئة إلى وجود البديل في التنفيذ سواء فيما يتعلق بالتمويل المالى للأعمال أو تأشيرات السفر المطلوبة لنقل العمال إلى مواقع العمل. فبالنسبة للنقطة الأولى الخاصة بالتمويل المالى للأعمال أكدت الهيئة على أن ".... فيما يتعلق بالأمر الصادر من مكتب خدمة المدعى عليها ويخص التمويل المالي للأعمال، وافقت الهيئة على أن الاستمرار في التمويل المالي عن طريق هذا المكتب، كما هو منصوص عليه في اتفاق الائتمان، أصبح مستحيلاً حتى صدور أمر مخالف وهو ما لم يكن قد صدر بعد. ومع ذلك، في رأي الهيئة، كانت هناك وسيلة مالية أخرى ممكنة أمام الأطراف ولا تحمل المدعى عليها أى ضرر في اللجوء إليها. ولم تثبت المدعى عليها أنها، وفقاً لنصوص العقد، أعلنت المدعية بإرادتها في الاستمرار في تنفيذ العقد عندما وضعت المدعية تحت تصرفها وسائل مالية أخرى تمكنها من تنفيذ ما تبقى من التزامات وفقاً لأحكام العقد .... "[2].

أما بالنسبة للنقطة الثانية الخاصة بتأشيرات سفر العمال وأوضحت الهيئة بعد ذلك البديل الذي كان من الممكن أن يتبعه المدين بقولها " ... وفي الجانب المتعلق بالتأشيرات هناك إمكانية أخرى لتجنب صعوبات تنفيذ العقد، تتمثل في تكوين فريق عمل يضم

---

(١) القرار السابق، ص. ٢٣٠. وانظر ملحوظة الأستاذ "ديران" DERAINS (Y.) عليه.

(٢) قرار تحكيم غرفة التجارة الدولية، المجموعة الأولى من القرارات، ص ١٩٦.

أشخاصاً يحملون جنسية دول محل اعتراض من جانب دولة المدعى عليها "[1].

وقد أدانت هيئة التحكيم الموقف السلبي الذى التزمه المدين تجاه عقبة التنفيذ الذى قابلته في موضوع تأشيرات السفر بقولها "لا يستنتج من الأدلة المتقدمة أن المشروع المدعى عليه، باستثناء الطلب الشفوي المقدم من السيد ... للحصول على التأشيرات المطلوبة والذي تم رفضه في الأيام التالية للأعمال العدائية، أنها قد بذلت مجهودات جادة في سبيل الحصول على هذه التأشيرات... وتوجد أدلة تؤكد أنه لو كانت قد بذلت هذه المجهودات لكان من الممكن أن تحصل على هذه التأشيرات" [2].

وتطبيق آخر نقابله في القرار الصادر من غرفة التجارة الألمانية عام ١٩٧٦. وقد تعلق النزاع بالتأخير في تسليم آلات حاسبة. وقد بررت الشركة البائعة هذا التأخير بالصعوبات التي واجهتها في نقل هذه الآلات. وقد رفضت المحكمة هذه الحجة وأكدت أنه " يجب أن يثبت المدعى عليهم، ليس فقط أن هناك تعطيلاً في المرور، ولكن أيضاً أنه لم يكن من الممكن تعديل طريقة النقل إلى طريق السكة الحديد ولا إلى طريق أخر بعد التفاوض مع المشتري " [3].

أما إذا قام المدين بالجهود المطلوبة منه في البحث عن البديل، فإن قضاء التحكيم لا يتردد في إبراء ذمته من الالتزام حتى ولو لم يتمكن من الحصول على هذا البديل؛ لأن الأمر يتعلق في هذه الحالة باستحالة حقيقية في التنفيذ تبرئه من المسئولية. هذا ما قضت به فعلاً هيئة التحكيم في القرار الصادر بجلسة ٢٤ يوليو ١٩٨٥ [4]. فقد فصلت المحكمة في طلب التعويض الذي قدمته لجنة تابعة لدولة آسيوية ضد شركة تابعه لدولة أوربية لعدم تنفيذ هذه الأخيرة التزاماتها بإنشاء مصنع للوقود النووي في الدولة الآسيوية حسب الاتفاق الذي تم بين الطرفين. احتجت الشركة التابعة للدولة الأوربية بالقرارات الصادرة من السلطات المختصة في دولتها والتي تمنعها من عمل أية ترتيبات أو تقديم وثائق أو أجهزة أو خدمات للدولة الآسيوية وأن هذه القرارات تعد حالة قوة قاهرة تبرئها

---

(١) قرار سابق، نفس الموضع.

(٢) قرار سابق، نفس الموضع.

(٣) قرار تحكيم غرفة التجارة الخارجية بألمانيا، القضية رقم ٧٤/٢٣٤ في ٢٤ يونيو ١٩٧٦، وارد في:
JDI, 1980, p. 714, obs. ENDERLIEN et STROHACH.

(٤) قرار مشار إليه في د. محيى الدين إسماعيل علم الدين، مرجع سابق، ص ٢٢٤ - ٢٣٠.

المسئولية عن عدم التنفيذ.

وافقت الهيئة على هذه الحجة وأشارت في قرارها إلى المجهودات التي اتخذتها الشركة لمحاولة تنفيذ التزامها، وأكدت أن الأمر لا يتعلق بإهمال منسوب إليها، ولكنه يتعلق باستحالة حقيقية في التنفيذ. وأوضحت الهيئة أن "قرار الحظر يعتبر أمراً لا يمكن تفاديه أو مقاومته؛ لأن الشركة لا تستطيع التغلب عليه إلا بأحد طريقين: أن تعصي الأمر وتستمر في التنفيذ أو أن ترفع دعوى أمام القضاء لإلغاء قرار الحظر. وكلا الأمرين غير ممكن؛ لأنه من ناحية، حتى ولو أعدت الشركة الآلات والمواد المشعة المطلوبة، فإنها لن تستطيع أن توصلها إلى الطرف الآخر أمام عقبة التصدير. ومن ناحية أخرى فإن الدعوى القضائية – على نحو ما أفتى به بعض أساتذة القانون – كان من المتوقع أن تخسرها الشركة. وهذا يدل على تعقد الموضوع. فإذا أُضيف إلى ذلك أن مراقب الحكومة منع الشركة من إقامة دعوى للطعن في هذا القرار، فإنه لا يمكن القول بأن الشركة اتخذت موقفاً سلبياً وإنما حاولت تفادي هذا القرار ولكنها عجزت عن ذلك" (١).

ولا يختلف موقف هيئة التحكيم لو تمسك المدين لتخلصه من المسئولية بخطأ الغير الذي أسند إليه مهمة تنفيذ جزء من العقد. فخطأ الغير أو حتى استحالة تنفيذه لالتزامه لا تمنع هيئة التحكيم من مطالبة المدين الأصلي بالبحث عن البديل بنفسه ولا تقبل الموقف السلبي منه والتستر وراء خطأ هذا الغير. هذا ما يعبر عنه قرار التحكيم الصادر من غرفة التجارة الخارجية ببلغاريا الذي دفع فيه البائع مسئوليته عن التأخير في تسليم البضاعة المتفق عليها بوجود حالة القوة القاهرة تتمثل بالنسبة له في تأخير مشروع ثالث في تسليم المواد الأولية اللازمة لتنفيذ التزامه بالتسليم وانه لم يكن من الممكن أن يبدأ في عملية التسليم إلا إذا تسلم أولاً هذه البضائع . رفضت الهيئة هذا الدفع بقولها أن "شروط القوة القاهرة غير متوافرة لأن المدعى عليه كان يمكنه أن يحصل على المواد الأولية من مكان آخر وكان يمكنه تنفيذ التزامه في الوقت المحدد " (٢).

---

(١) انظر مرجع سابق، ص ٢٢٩.

(٢) انظر في هذا القرار،

SZASZY (I.), Chronique de jurisprudence Hongrise de droit international privé (1945 - 1972), JDI, 1973, p. 480.

ونفس القاعدة طبقتها هيئة التحكيم في القرار الصادر بجلسة ١٤ ديسمبر ١٩٨٥. وقد تعلق النزاع في هذه القضية بطلب تعويض قدمته شركة أمريكية ضد أخرى جزائرية لعدم تنفيذ هذه الأخيرة التزامها بتسليم الخرائط الجغرافية اللازمة لإنشاء خط حديدي وأرصفة لازمة لاستغلال مناجم الحديد في منطقة جارا. وقد بررت الشركة الجزائرية عدم تنفيذها لالتزامها بعدم قيام المكتب الوطني للخرائط بالجزائر بتسليم الخرائط المطلوبة منه والتي كانت الشركة الجزائرية قد أسندت إليه مهمة القيام بها.

لم تقبل هيئة التحكيم الاستناد إلى خطأ المكتب الوطنى للخرائط كسبب لانتفاء مسئولية الشركة الجزائرية (المدين الأصلي). وأشارت الهيئة إلى إمكانية حصول هذه الشركة على الخرائط اللازمة للبدء في المشروع من مكان آخر بخلاف المكتب الوطني. ولفتت نظر الشركة الجزائرية إلى البديل الذي قدمته الشركة الأمريكية لها في أن تقوم هي نفسها بإعداد الخرائط المطلوبة ولكنها رفضت هذا الحل تجنباً للزيادة في التكاليف[١].

ونفس الأمر في القضية رقم ٣٩٥٢ لسنة ١٩٨٢ حيث أعلن المحكمون في هذه القضية أنه " إذا أراد الأطراف اعتبار عدم وفاء طرف ثالث بالتزامه قوة قاهرة، كان يتعين عليهم ذكر ذلك صراحة في العقد "[٢].

والتساؤل الذي يفرض نفسه في هذا المقام هو أنه إذا كان قضاء التحكيم يتطلب أن يقوم المدين بعمل إيجابي وجاد في البحث عن حل آخر يمكنه به تنفيذ التزامه، فبأي معيار يقيس المحكمون سلوك المدين في هذا الصدد لمعرفة ما إذا كان قد قام بالجهد المطلوب منه أم لا ؟.

وترجع أهمية هذا التساؤل إلى موقف هيئة التحكيم من تصرف الشركة X في القضية رقم ١٧٠٣ سالفة الذكر. فقد أشارت الهيئة، بعد تقييمها للمجهودات التي قامت بها هذه الشركة في البحث عن بديل للتنفيذ، إلى أنها "لم تقم بالمجهودات الجادة sérieux efforts"[٣].

---

(١) قرار مشار إليه في، د. محيى الدين إسماعيل علم الدين، مرجع سابق، ص ٣٠٧.

(٢) قرار مشار إليه في،

MELIS (W.), Force majeure and Hardship clauses, Op. cit., p. 221.

(٣) والجدير بالذكر أن المادة ٧٩ من اتفاقية فيينا ١٩٨٠ للبيع الدولى للبضائع تنص على أنه « إذا كان عدم تنفيذ =

فما هى المجهودات الجادة في نظر هيئة التحكيم ؟ إن محاولة استخلاص معيار يطبقه قضاء التحكيم في هذا الصدد يمكن أن تأتي من موقف هيئة التحكيم في قضية Sun - oil [1]. فقد نظرت الهيئة في هذا النزاع طلب التعويض المقدم من شركة NOC (الشركة الوطنية الليبية للزيوت) ضد شركة Sun - oil. وتمثل سبب الطلب في عدم قيام هذه الأخيرة بتنفيذ التزامها بالبحث والتنقيب عن البترول في المناطق التي حددها الأطراف في العقد. ودفعت شركة Sun - oil هذا الطلب بحالة القوة القاهرة التي تتمثل لها في قرار حظر وتقييد نقل المواطنين الأمريكيين إلى ليبيا الذى اتخذته الحكومة الأمريكية في ديسمبر ١٩٨١.

رفضت الهيئة الدفع بوجود استحالة تنفيذ، وفحصت بكل دقة الوسائل الممكنة التي كان من الممكن أن تقوم بها هذه الشركة لتفادي قرار حظر التنقل. وبخصوص القيود المفروضة على تنقل العمال الأمريكيين إلى ليبيا رأت الهيئة أنه كان من الممكن توظيف عمال من جنسيات أخرى لا يواجهون مشكلات في التنقل. وقدرت الهيئة هنا سلوك شركة Sun - oil مقارنة بسلوك شركة أخرى كانت تعمل في مجال البترول في ليبيا؛ إذ أحلت ٢٣٠ عاملاً من جنسيات مختلفة محل العمال الأمريكيين [2]. أما بخصوص القيود الواردة على التصدير، فلم توافق الهيئة أيضاً على رأي Sun - oil في أنه كان من الضروري عمل التحليلات اللازمة في معاملها في مدينة تكساس، بل على العكس فقد أكدت الهيئة على أن " الاتفاق يشير إلى أن النية المتعاقدين تخول شركة Sun - oil، باعتبارها مسئولة عن الأعمال، حرية واسعة في اختيار التكنولوجيا أو في اختيار العمال

= أحد الطرفين نتيجة لعدم تنفيذ الغير الذى عهد إليه بتنفيذ العقد كلاً أو جزءاً، فإن ذلك الطرف لا يعفي من التبعة إلا إذا :

١- أعفي منها بموجب الفقرة السابقة

٢- كان الغير سيعفي من المسئولية فيما لو طبقت عليه أحكام الفقرة المذكورة

قرار تحكيم غرفة التجارة الدولية، وارد في المجموعة الأولى من القرارات، بصفة خاصة ص ١٩٦.

(١) انظر في هذا القرار،

AUDIT (B.), L'affaire NOC c/ Libyan Sun - Oil Company, sentence arbitrale CCI rendue à Paris, les 31 mai 1985 et 23 février 1987 et jugements de la cour fédérale de District du Award (Etats - Unies) du 15 mars 1990, Rev. arb., 1991, p. 265 et s.

(٢) انظر،

Op. cit., p. 268.

من الباطن .... "[1]. وطبقت الهيئة، لتقدير سلوك الشركة، معياراً بمقتضاه يتم وضع شخص معتاد في نفس ظروف هذه الشركة. وأشارت الهيئة إلى أنه " في الحالة المائلة، نحن بصدد موقف استطاع فيه أطراف آخرون وُضعوا في نفس الظروف أن يتخطوا العقبة التي ظهرت في التنفيذ. ومن الصعب القول بأن متعاقداً آخر موضوعاً في نفس الظروف يمكنه أن يتمسك بحالة القوة القاهرة وينجح في إثباتها "[2].

ويتضح من مسلك هيئة التحكيم في هذه القضية أنها تأخذ بمعيار موضوعي مقتضاه وضع شخص معتاد في نفس الظروف التي يتواجد فيها المدين، وقياس سلوك المدين والجهود التي اتخذها بالجهود التي يستطيع أن يقوم بها هذا الشخص المعتاد.

٧٣- ثانياً : صعوبات البحث عن حل بديل:

إلزام المدين بالبحث عن البدائل الممكنة التي تعينه على الاستمرار في تنفيذ التزامه أمر قد يصطدم تطبيقه، في بعض الحالات، بصعوبات كبيرة. ويمكن أن تتمثل هذه الصعوبات في أمرين:

<u>**أولاً**</u> : قد يحدد الأطراف في عقدهم طريقة معينة لتنفيذ التزامات كل طرف، فإذا أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً وفقاً لهذه الطريقة المحددة سلفاً، فهل نكون بصدد استحالة تنفيذ حتى ولو كان هذا الالتزام ممكناً ولكن بوسيلة أخرى ؟

قد يثور الاعتقاد أن الأطراف، بتحديدهم وسيلة معينة لتنفيذ عقدهم ، يكونون قد حددوا الوسيلة التي تتناسب مع مصالحهم المرجوة التي قبل كل منهما الدخول في العقد لتحقيقها، وبالتالي فإن استحالة التنفيذ بهذه الوسيلة وإحلال وسيلة أخرى محلها يعني عدم تحقيق هذه المصالح . ويترتب على هذه الوجهة من النظر أن استحالة التنفيذ بهذه الوسيلة تعني أننا بصدد استحالة مطلقة تستوجب انتفاء مسئولية المدين حتى ولو كانت باقي الوسائل ممكنة.

ولا يتمشى هذا الرأى، في الواقع، مع المفهوم المطلق للاستحالة الذي يتبناه قضاء التحكيم في غالبية أحكامه والذي يعني غياب كل إمكانية أمام المدين تمكنه من تخطي العقبة أو تجاوزها. وقد رأينا في خلال عرضنا السابق ما يؤكد هذا المعنى من خلال

---

(١) الفقرة ٢- ٢ من القرار، مرجع سابق، ص ٢٧٠.

(٢) الفقرة ٣ - ١ من القرار، مرجع سابق، نفس الموضع.

تطبيقات متعددة.

ثانياً: أما الصعوبة الثانية التي من الممكن أن يواجهها الأطراف في هذا الصدد فتكمن في طبيعة الالتزام الذي يبحث له الأطراف عن بديل. فبعض الالتزامات قد لا يكون من الممكن إيجاد حل بديل لها، نظراً لأن لها طبيعة معينة يصعب أو يتعذر معها الوصول إلي تنفيذ مثل هذا البديل . ومن فحص قرارات التحكيم ، خاصة القرارات الصادرة برفض التمسك بالقوة القاهرة لوجود بديل آخر أمام المدين، نجدها تشير إلي التزامات من طبيعة معينة يمكن استبدال غيرها بها دون أن يتغير مضمون العقد أو تتأثر طبيعته. ومثال ذلك الاستعانة بعمال من جنسيات مختلفة لتفادي استحالة الحصول على تأشيرات دخول العمال الوطنيين إلي مكان تنفيذ العقد، والاستعانة بمصدر مالي آخر لتكملة الالتزامات المالية اللازمة لتنفيذ العقد، واللجوء لطريق آخر لتنفيذ الالتزام بالنقل بدلاً من الطريق المنصوص عليه في العقد والذي أصبح من المستحيل اتباعه.

ولكن إلى جانب هذا النوع من الالتزامات، قد نتصور التزامات أخرى يكون من المستحيل وجود بديل لها، أو يكون تنفيذها عن طريق وسيلة أخرى غير محقق للهدف المقصود من العقد أو يغير كلية من طبيعة العقد، كالالتزامات التي تقوم على الاعتبار الشخصي أو التي يراعى في تنفيذها مدة معينة من الوقت ، والتي بفواتها لا يتحقق الغرض من العقد أو ينقلب العقد إلى عقد آخر.

ومفاد ما تقدم ، أنه لكي نتحدث عن حل بديل يمكن مساءلة المدين عن عدم اتباعه، يجب أن يقبل الالتزام ذاته وجود بديل له دون أن تتغير طبيعته أو محتواه.

الفرع الثاني
اختلال التوازن كأثر لوقوع الحدث الذى يجيز
" إعادة التفاوض "

٧٤- يعتبر شرط "إعادة التفاوض" Hardship وسيلة حماية اتفاقية للعقد ضد تغيرات الظروف أياً كانت طبيعتها، ولا تجد هذه الوسيلة مجال تطبيقها إلا إذا أدى هذا التغير إلى الإخلال بتوازن العقد مسبباً ضرراً لأحد الأطراف. ويعكس واقع عقود التجارة الدولية أهمية أن يتصف هذا الضرر بالخطورة وعدم العدالة. ويعتبر الإخلال بتوازن العقد أحد الخصائص الرئيسية التي تميز الشرط بصفة خاصة بالمقارنة بالقوة القاهرة.

ولا يكفي أن يؤدي الحدث إلى مجرد تغير في اقتصاد العقد بل يستلزم أن يكون هذا التغير جوهرياً وتترتب عنه آثار غير عادلة لأحد الأطراف.

وسوف نبحث في هذا الفرع، على التوالي، ماهية الاختلال، والخصائص التي تميزه عن غيره من الأفكار التي قد تختلط به.

المبحث الأول
ماهية الاختلال

٧٥- ترك المفهوم الاتفاقي لشرط "إعادة التفاوض" Hardship حرية كبيرة للأطراف في التعبير عن اختلال التوازن الذي يتطلبه الشرط [١]. وتتنوع طرق التعبير عن اختلال التوازن من الطرق العامة إلى الطرق الخاصة وفقاً لهذه الحرية. وأياً كانت الطريقة التي يعبر بها الأطراف عن الاختلال فإنه يبرز دائما خصوصية شرط "إعادة التفاوض" Hardship. وهذا ما سندرسه على التوالي في مطلبين مختلفين.

---

(١) انظر في هذا المفهوم، سابقاً، بند.٢٦.

المطلب الأول
اختلال التوازن وتمييز شرط "إعادة التفاوض"

٧٦- يحتل اختلال توازن العقد، كشرط ضروري لإعمال أحكام شرط "إعادة التفاوض" Hardship ، مرحلة وسطاً بين الاستحالة المطلقة في التنفيذ كشرط لتطبيق أحكام نظرية القوة القاهرة، وبين التغير البسيط في الظروف الذي قد يؤثر بشكل أو بآخر في اقتصاد العقد دون أن يجعله مستحيلاً أو حتى مرهقاً في تنفيذه، الأمر الذي يعني أن له مفهوماً محدداً خاصاً به. وهذا ما سنعرض له في ثلاث نقاط متتالية :

٧٧- أولاً : المقصود باختلال التوازن :

يُظهر الأطراف حرصاً كبيراً، من خلال الشروط التعاقدية التي تحتويها عقودهم، والتي ينظمون فيها شرط "إعادة التفاوض" Hardship ، على ضرورة توافر درجة خطورة معينة في التغيرات التي تصيب الظروف المحيطة بتنفيذ العقد. وتتمثل هذه الخطورة بوجه عام في اختلال توازن العقد [١]. وفي غالبية الشروط يحرص الأطراف على تطلب هذا التغير صراحة في العقد. ومن أمثلة ذلك الشرط الذي ينص على أنه "في حالة حدوث تغيرات كبيرة في الظروف أو تعديلات ملحوظة في الشروط الاقتصادية .... " [٢]. والشرط الذي ينص على أنه "في حالة وقوع أحداث ..... يكون من أثرها أن تقلب الأسس الاقتصادية للصفقة الحالية مسببة ضرراً لأحد الأطراف .... " [٣].

فالتغير الذي يثيره شرط الحدث المبرر "لإعادة التفاوض" Hardship يجب أن يكون جوهرياً يصاحبه اضطراب واضح في اقتصاد العقد. ولذا يربط بعض الفقه إمكانية مراجعة العقد عن طريق إعادة التفاوض في العقد، وفقاً لهذا الشرط، بوجود

---

(١) انظر في هذا المعنى.

BULISSON (M.), La négociation de marchés internationaux, éd. Moniteur, 1982, p. 226.

(٢) مشار إليه في.

FONTAINE (M.), Op. cit., p. 259.

(٣) مثال رقم ٦ مشار إليه في.

PHILIPPE (D.), Op. cit., p. 246.

اختلال واضح أو ضرر فادح ليس من العدل أن نطلب من أحد المتعاقدين أن يتحمله[1].

وعلى الرغم من الوصف التعاقدى للشرط مما يجعله يتنوع في خصائصه وأشكاله من عقد لآخر، فإن فقه التجارة الدولية يُجمع على أن اختلال توازن العقد يعد شرطاً ثابتاً وأساسياً في تطبيق الشرط[2]، ولذا يعتبر البعض أن شرط "إعادة التفاوض" Hardship يتحقق عندما تؤدي الأحداث إلى اختلال توازن العقد[3].

ويفسر البعض ضرورة تعديل أحكام العقد في حالة ما إذا اصبح العقد مجحفاً بأحد المتعاقدين بدرجة كبيرة فقط بأنه "إما لأن العقد توقف عن أن يحق الفائدة التي تم إبرامه لتحقيقها، وإما لأن هذه الفائدة تعدلت بشكل كبير، لأن التنفيذ أصبح يخل بشكل ملحوظ بتوازن الأداءات التعاقدية "[4].

٧٨- وإذا كان شرط "إعادة التفاوض" يحمي العقد بالحفاظ عليه من التغيرات في الظروف الخارجية المحيطة به، فإن العبرة في نطاق تطبيق الشرط هي بالنتائج التي تتركها هذه الظروف في اقتصاد العقد وليس بالتغيرات في الظروف في حد ذاتها. فقد يشهد التغير في المحيط الخارجي للعقد تغيراً جذرياً في الظروف دون أن تتأثر التزامات المتعاقدين بهذا التغير، ودون أن يختل اقتصاد العقد أو توازنه. وفي مثل هذه الحالات لا نكون بصدد ظروف تستدعي تطبيق أحكام الشرط[5].

---

(١) انظر،

DAHAN (M.), Op. cit., p. 409.

(٢) انظر على سبيل المثال،

OPPETIT (B.), Op. cit., p. 803 ; OBEID (Gh.), Op. cit., p. 254 ; LE FICHANT (F.), Op. cit., p. 131.

(٣) انظر،

FONTAINE (M.), Op. cit., p. 263 ; EL GAMMAL (M. - M.), Op. cit., p. 233.

حيث يرى سيادته أن "هذا الشرط يكفي وحده لتطبيق نظرية مراجعة العقد"

(٤) انظر،

VOIRIN (P.), De l'imprévision dans les rapports en droit privé, th., Nancy, p. 82.

(٥) في هذا المعنى،

OPPETIT (B.), Op. cit., p. 802.

وتفرق قرارات التحكيم جيداً بين التغيرات في الظروف وآثار هذه التغيرات على اقتصاد العقد بقولها " على المحكم أو القاضي أن يضع في اعتباره أن الأمر لا يتعلق، كما أشرنا سابقاً، بمعرفة ما إذا كان هناك تغير جذري في الظروف ولكنه يتعلق بمعرفة ما إذا كان هناك تغير جذري في الالتزام " [١].

وبدورها تتطلب النظم القانونية الوطنية، التي يعترف قانونها أو قضاؤها بنظرية الظروف الطارئة، لتعديل العقد بناءً على هذه النظرية، أن يصبح التنفيذ العقد مرهقاً بدرجة كبيرة لأحد المتعاقدين. ومن هذه القوانين، القانون المدني المصري حيث تتطلب المادة ٢/١٤٧ منه في الظروف التي تسمح للقاضي بالتدخل لمراجعة العقد أن تكون استثنائية وتجعل تنفيذ العقد مرهقاً بدرجة كبيرة بشكل يهدد المدين بخسارة فادحة [٢].

ونفس الأمر أشارت إليه هيئة التحكيم في أحد قراراتها فيما يخص القانون الليبي، حيث تقول إنه "وإن كان من الصحيح أن المادة ٦٥٧ من الفصل الأول من القانون الليبي تستبعد من حيث المبدأ كل مراجعة للثمن عندما يكون محدداً بشكل جزافي، فإن الفقرة الرابعة من هذا النص تعهد إلى القاضي بسلطة رفع الثمن أو فسخ العقد في حالة ما إذا كان انقلاب الأسس الاقتصادية للاتفاق يرجع إلى أحداث استثنائية وغير متوقعة عند إبرام العقد " [٣]. ويتطلب القضاء الإيطالي لتطبيق نظرية " Excessiva onerosita" أن يقع حدث غير عادي يجعل تنفيذ العقد مرهقاً بشكل يجاوز المخاطر العادية التي قد يتحملها أحد المتعاقدين [٤]. وتعبر المحكمة العليا الأسبانية عن اختلال التوازن الذي يسببه تغير الظروف بوجود عدم تناسب كبير بين أداءات المتعاقدين يختل معه التوازن

---

(١) القضية رقم ١٥١٢ لسنة ١٩٧١، واردة في المجموعة الأولى من قرارات غرفة التجارة الدولية، ص ٢٠٦ - ٢١٠، بصفة خاصة ص ٢٠٩.

(٢) انظر في نفس المعنى،

MABROUK (R.), Op. cit., p. 145.

ويتطلب القانون الجزائري نفس الخصائص في الظروف انظر في،

TERKI (N.- E.), L'imprévision et le contrat international dans le code civil algérien, Dr. prat. com. int., 1982. P. 438.

(٣) القضية رقم ٤٧٦١ لسنة ١٩٨٧، المجموعة الأولى من قرارات غرفة التجارة الدولية، ص ٣٠٦

(٤) في هذا المعنى.

BARBIERI (J. - J), Op. cit., p. 438 ; COURTOIS (H.), Op. cit., p. 104.

الأساسي للعقد [1].

والحال هو نفسه فيما يتعلق بالقانون الألماني بالنسبة لنظرية اختفاء الأساس التعاقدي التي تجيز للقاضي التدخل لتعديل أحكام العقد [2].

ولا تختلف هذه الشروط في القضاء السويسري. فقد قضت المحكمة الفيدرالية السويسرية بأن "الاضطرابات التي تحدث في العلاقات التعاقدية بين الأداءات وبعضها البعض والتي تسببها التغيرات في الظروف، يمكن أن تكون سبباً إما في طلب فسخ العقد أو في تعديله إذا كانت هذه الاضطرابات كبيرة وظاهرة ومجحفة " [3].

وتسير اتفاقات التجارة الدولية على هذا النهج. فإذا كانت اتفاقية فيينا ١٩٨٠ الخاصة بالبيع الدولي للبضائع لم تنظم سوى استحالة التنفيذ التي تعالجها في المادة ٧٩ تحت عنوان "إعفاءات " [4]، فإن الشرط النموذجي الذي أعدته غرفة التجارة الدولية فيما يتعلق بالقوة القاهرة والظروف الطارئة ينص في البند الأول من الاقتراحات المتعلقة بالظروف الطارئة على أنه "في حالة وقوع أحداث غير متوقعة من الأطراف تعدل بشكل أساسي توازن العقد الحالي وتؤدى إلى وقوع أعباء غير عادلة لأحد الأطراف أثناء تنفيذ التزاماته العقدية..... " [5].

ونفس الأمر نجده في المادة ٦ -٢ - ٢ من مبادئ Unidroit التي تنص على أنه "يوجد الـ Hardship عندما تقع أحداث تهدم بشكل أساسي توازن الأداءات، إما لأن

---

(١) انظر في ذلك،

VAN OMMESLAGHE (P.), Op. cit., p. 39.

(٢) راجع في ذلك،

Op. cit., p. 24 ; PHILIPPE (D.), Op. cit., p. 195 ; LESGUILLONS (H.), Op. cit., Lamy, art. 399 ; W . RIVKIN (R.), Op. cit., p. 182.

(٣) راجع في هذا القرار،

LESGUILLONS (H.), Op. cit., Lamy, art. 399.

وفي تفصيل الشروط التي يتطلبها القضاء السويسري لإعمال نظرية مراجعة العقد، انظر،

KNOEPPLER (F.), Op. cit., p. 25.

(٤) انظر في هذا المعنى،

AUDIT (P.), La vente internationale de marchandises, Paris,1990, p. 174.

(٥) انظر الشرط النموزجى الذى أعدته غرفة التجارة الدولية في هذا الشأن.

تكلفة تنفيذ الالتزامات ارتفعت، أو لأن قيمة الأداء المقابل قد انخفضت .... " [1].

ننتهي من ذلك إلى أنه من المخالف لمبدأ حسن النية ومبدأ توازن الأداءات الذي يحكم تنفيذ العقد التبادلي أن يغبن أحد المتعاقدين بشكل كبير من جراء تنفيذ العقد. ولكي يتمكن هذا المتعاقد من الوصول إلى مراجعة العقد عن طريق إعادة التفاوض مع المتعاقد الآخر يجب أن يكون هذا الغبن كبيرا بشكل يخل بتوازن العقد ويسبب له ضرراً فادحاً.

٧٩- ثانياً : اختلال التوازن والمخاطر العادية :

كل عقد تبادلي يتضمن قدراً من المخاطر العادية التي يجب أن يضعها كل متعاقد في حسابه وتدخل في توقعات الأطراف [2]. وإذا كان التغير في الظروف الذي طرأ على العقد لا يُحدث إلا نتائج تندرج في مجال هذه المخاطر العادية، فإن هذه التغيرات لا تكفي لتبرير طلب مراجعة العقد عن طريق تطبيق أحكام شرط "إعادة التفاوض" Hardship. فاختلال التوازن الذي يعتبر نقطة البدء لسريان أحكام الشرط يعتبر درجة أشد من التغيرات البسيطة التي قد تحدث في أداءات المتعاقدين.

ويترتب على ذلك أن الانقلاب في اقتصاد العقد المُبرر لإعمال الشرط يجب أن يتجاوز المخاطر العادية التي تقع دائماً في نطاق التوقع من جانب الأطراف والتي يتحملونها دائماً في سبيل تنفيذ العقد واحترام تعهداتهم [3]. وتطبيقاً لذلك فإن مجرد التغير في الثمن أو في سعر التكلفة أو في سعر المواد الأولية التي تنتج من التقلبات الاقتصادية لا تكفي وحدها للقول بأننا بصدد اختلال توازن الأداءات التعاقدية [4].

ويؤسس بعض الفقه استبعاد المخاطر العادية من مجال تطبيق أحكام شرط "إعادة التفاوض" Hardship على واجب حسن النية التعاقدى التي يجب أن تسود العلاقات التعاقدية. فمن المخالف لحسن النية أن يطلب أحد المتعاقدين تعديل شروط

---

(١) انظر المادة ٦-٢-٢ من هذه المبادئ.

(٢) انظر في هذا المعنى،

VOIRIN (P.), Op. cit., p. 148.

(3) Op. cit., p. 154 ; LESGILLONS (H.), Op. cit., art. 398.

(٤) انظر،

PICOD (Y.), Op. cit., p. 225.

العقد وإعادة التفاوض فيه لمجرد تعديل بسيط في الأداءات. فحسن النية يلزم الأطراف أن يتحملوا جزء من المخاطر التي يحتويها أي عقد مادامت لم تتجاوز الحد المعقول [١]، أو التي يصفها البعض بأنها "تدخل في دائرة التعاقد" [٢].

ولهذا فإن اختيار الأطراف لشرط إعادة التفاوض، بما يتضمنه من إعادة التفاوض في شأن العقد، يكون قاصراً على وجود انهيار في الأساس التعاقدى للعقد وحدوث اختلال فادح في توازن الأداءات التعاقدية؛ وبمعنى آخر عندما التغير جوهرياً ويرتب ضرراً كبيراً. ويترتب على ذلك أن مجرد التغير في البيئة التعاقدية وما يسفر عنه من انخفاض في استفادة أحد المتعاقدين من العقد أو زيادة مكسب الطرف الآخر لا يكفي لتطبيق نظام الشرط [٣].

والتفرقة بين اختلال توازن العقد ومجرد التغير في الظروف الذي لا يتجاوز المخاطر العادية وأثر هذه التفرقة في تطبيق أحكام شرط "إعادة التفاوض" مؤكدة أيضاً من جانب قضاء التحكيم. ففي القضية رقم ٢٥٠٨، سالفة الذكر، [٤] رفضت الهيئة ما تمسكت به الشركة X من وجود تغيرات في الظروف الخارجية للعقد تعطي لها الحق في التوقف عن تنفيذ التزاماتها لحين تعديل شروط العقد. وأشارت الهيئة إلى القانون السويسري، المطبق على العقد، الذى لا يجيز تعديل أحكام العقد في حالة تغير الظروف الاقتصادية إلا إذا توافرت شروط تطبيق المادة ٢ من قانون الالتزامات التي تنص على أن "التعسف الظاهر في الحق لا يحميه القانون". وأكدت الهيئة أن تطبيق أحكام هذه المادة يتطلب أن يصبح تنفيذ العقد مرهقاً للمدين وليس مجرد تغير في التزاماته [٥]. وعلى الرغم من أن هيئة رأت في هذه القضية أن مسألة تغير الظروف يمكن أن تنطبق في العقود الدولية بشكل أكثر مرونة مما هي عليه في النظم القانونية الوطنية، إلا أنها

---

(1)Ibid.

(٢) انظر،

TERKI (N. - E.), Op. cit., p. 13.

(٣) انظر في هذا المعنى،

CABAS (F.), Op. cit., p. 72.

(٤) انظر المجموعة الأولى من قرارات تحكيم غرفة التجارة الدولية ، ص ٢٧٨ وما بعدها، ملحوظة الأستاذ "ديران" DERAINS (Y.).

(٥) انظر ص ٢٩٣ من المجموعة الأولى من قرارات غرفة التجارة الدولية.

أشارت إلى قول الشركة X بأن العقد لا يمثل بالنسبة لها إلا جزءاً بسيطاً في رقم أعمالها. ولذا اعتبرت أن تنفيذ العقد بالأثمان المتفق عليها لا يمثل اختلال في توازن العقد وانما يعتبر من المخاطر العادية التي يجب أن تتحملها الشركة المدعية [١].

وفي تعليقه على قرار التحكيم الصادر في القضية رقم ٢٤٧٨ سالفة الذكر أثار الأستاذ "ديران" DERAINS الشك حول وصف الشرط المدرج في عقد تسليم الكربون والذي كان محل تحكيم من غرفة التجارة الدولية بأنه شرط "إعادة التفاوض" Hardship. فعلى الرغم من وصف هذا الفقيه للشرط بأنه "يوجب على الأطراف التزاماً بإعادة التفاوض بغرض الاتفاق على الإجراءات التي سيتم اتخاذها لإعادة توازن العقد في حالة الانخفاض أو الزيادة في قيمة الفرنك الفرنسي أو الدولار الأمريكي. والأمر يتعلق هنا بخصيصة أساسية من خصائص Hardship"، فإنه أشار بعد ذلك إلى أن الشرط يجد تطبيقه لمجرد حدوث تغيرات في قيمة العملة " ولا يتطلب وجود تعديلات في التوازن العقدي من طبيعتها أن تحمل أحد المتعاقدين ضرراً كبيراً ". ولهذا السبب لم يصفه المعلق بأنه شرط "إعادة التفاوض" Hardship ولكنه اعتبره شرطاً مختلطاً يجمع بين صفات شروط الحفاظ على القيمة فيما يتعلق بموضوعه، وصفات شرط "إعادة التفاوض" Hardship فيما يختص بنظام تطبيقه [٢].

وتطبيق هذه الفكرة نقابله أيضاً في القرار الصادر في القضية رقم ٣٩٥٢ لسنة ١٩٨٢ [٣]. ففي هذه القضية تمسك المدعي عليه دفعاً لمسئوليته بخطأ المتعاقد من الباطن الذى يعتمد عليه في توريد البترول إلى المدعي، وتمسك أيضاً بوجود شرط "إعادة التفاوض" بهدف تعديل أحكام العقد. وتبريراً لتطبيق أحكام شرط "إعادة التفاوض" أبرز المدعي الضرر الكبير الذي يقع عليه لو أنه استبدل مورداً آخر بالمورد المتعاقد معه حتى يتمكن من التنفيذ في الميعاد المتفق عليه، ويتأتى هذا الضرر من فارق سعر البترول بين الموردين.

رفضت هيئة التحكيم هذا الدفع من جانب المدعي عليه، وقدرت أن مجرد ارتفاع

---

(١) المجموعة السابقة ، نفس الموضع.

(٢) انظر، ملحوظة الأستاذ "ديران" (.DERAINS (Y على القرار السابق، ص ٢٣٥.

(٣) قرار تحكيم غرفة التجارة الدولية، غير منشور، وارد في،
Werner Melis, Force majeure and Hardship clauses., Op. cit., p. 221.

أسعار البترول بين الموردين لا يكفي لإعمال شرط "إعادة التفاوض" الذي يلزم لتطبيق أحكامه أن يحدث اختلال كبير في توازن العقد، أو بالأدق يحدث اختلال جذري في هذا التوازن.

٨٠- ثالثاً : اختلال التوازن والاستحالة المطلقة :

إن التغير الجوهري في الظروف المحيطة بتنفيذ العقد يمكن أن يؤثر بشكلين مختلفين على حياة هذا العقد. فإما أن يجعل تنفيذ العقد مرهقاً ومكلفاً للمدين، أو أن يعوق تنفيذ هذا العقد سواء بصفة كلية أو جزئية. وفي الحالة الأولى يبقى تنفيذ هذا العقد ممكناً، ولذا فإن الأطراف يحاولون دائماً إيجاد علاج مناسب للآثار الناتجة عن هذا التغير والتغلب على المشكلات التي يصطدم بها تنفيذ هذا العقد، وهذا هو المجال الذي يغطيه شرط "إعادة التفاوض" Hardship. أما في الحالة الثانية فإن الأمر يتعلق باستحالة في التنفيذ والأثر الطبيعي الذي تخلفه هذه الاستحالة هو وقف العقد في حالة الاستحالة المؤقتة وانفساخه في حالة كونها نهائية [١].

واختلال التوازن أو انقلاب اقتصاد العقد بهذا المعنى يعتبر الخصيصة المميزة لشرط "إعادة التفاوض" Hardship عن فكرة القوة القاهرة . فعندما نتحدث عن قوة قاهرة بمعناها التقليدي فإن التركيز ينصب للوهلة الأولى على الاستحالة التي يواجهها المدين وتمنعه من تنفيذ التزامه. وعلى العكس من ذلك، عندما نتحدث عن الـ Hardship ؛إذ ينصب الحديث عن تكلفة زائدة وإرهاق شديد وضرر كبير أصاب المتعاقد من جراء التنفيذ الذي مازال ممكناً [٢].

ويعبر الأستاذ "فونتان" FONTAINE عن هاتين الدرجتين من تأثير الحدث على تنفيذ العقد بقوله : "يقترب شرط "إعادة التفاوض" Hardship من القوة القاهرة في أن الأحداث، من جانب أو من آخر، يجب من حيث المبدأ أن تكون غير متوقعة ولا يمكن تجنبها، ولكن بينما تجعل القوة القاهرة، في صورتها العادية، تنفيذ العقد مستحيلاً، فإن حدث الـ Hardship يجعل فقط تنفيذ العقد أكثر

---

(١) في نفس المعنى،

BARBIERI (J. - J.), Op. cit., p. 437.

(٢) انظر في هذا المعنى،

LARROUMET (Ch.), Op. cit., p. 362 ; ABDUL MUNIM H. (A.), Op. cit., p. 359.

تكلفة لأحد المتعاقدين. فالأساس الاقتصادي للعقد يختل ولكنه يبقى ممكن التنفيذ" [1].

وللتفرقة بين الاستحالة المطلقة في التنفيذ والتنفيذ المرهق للالتزام يقدم بعض الفقه معيارا يكمن في الإجابة على التساؤل الآتي : هل مجرد بذل مجهود إضافي يكفي لتنفيذ العقد وتخطي العقبة التي يصطدم بها التنفيذ؟ إذا تمثلت الإجابة على هذا التساؤل بالإيجاب فلا نكون بصدد استحالة مطلقة في التنفيذ ويتعلق الأمر في هذه الحالة بخلل في الأساس الاقتصادي للعقد يثير شرط "إعادة التفاوض" Hardship أو الظروف الطارئة [2].

والفارق بين القوة القاهرة وشرط "إعادة التفاوض" Hardship تتمثل في أن الأولى تؤدى إلى استحالة مطلقة في تنفيذ العقد، على حين أن الثاني فيؤدى فقط إلى اختلال توازن العقد، هو الأمر الذى دفع بعض الفقه إلى القول بأنه لا يجوز للأطراف في اتفاقاتهم . ولا للمحكمين في قراراتهم، أن يتجاهلوا الاستحالة المطلقة كأثر مميز لحدث القوة القاهرة. فهذا التجاهل سيؤدي إلى تقريب فكرة القوة القاهرة من مفهوم شرط "إعادة التفاوض" Hardship [3] التي تكتفي فقط بصعوبة في التنفيذ تخل بتوازن العقد.

وتحرص الشروط التعاقدية على إبراز هذا الفارق بين استحالة التنفيذ واختلال توازن العقد. ففي غالبية الشروط التعاقدية يتفق الأطراف على تنظيم أثر تغير الظروف في شرطين مستقلين يعالجون في الأول حالة ما إذا ترتب على التغير استحالة مطلقة في التنفيذ وأثرها على العقد ويخصصون الثاني لاختلال توازن العقد والنتائج المترتبة عليه [4].

---

(١) انظر،

FONTAINE (M.), Op. cit., p. 238 ; KNOEPFLER (F.), Op. cit., p. 22 ; TERKI (N. - E.), Op. cit., p. 13; OSMAN (F.), Op. cit., p. 157.

وانظر أيضاً د. محسن شفيق. نظرية الحرب كقوة قاهرة وأثرها في عقد البيع التجاري،مقالة سابقة، ص ١٦٧، حيث يرى سيادته أن "شرط الاستحالة هو التخوم التي تفصل نظرية القوة القاهرة عن نظرية الحوادث الطارئة"

(2) MABROUK (R.), Op. cit., p. 92.

(3)BARRIERI (J. - J.), Op. cit., p. 459.

(٤) انظر كمثال لهذه العقود، عقد Son Mith Co. Ltd., Herrn Chemie A. G. V. Janson S. A.

وقد حرصت مبادئ Unidroit على الاحتفاظ بهذا الفارق. لذا نجدها قد نصت في المادة ٦-٢-٢ منها على أن الأحداث المشكلة لشرط "إعادة التفاوض Hardship" يجب أن "تهدم بشكل أساسي توازن الأداءات". بينما في المادة ٧-١-٧ اشترطت لعدم مساءلة المدين عن عدم تنفيذ التزامه أنه لم يكن "من المعقول أن ننتظر منه أن يتجنب أو يتخطى العائق أو يتجنب أو يتخطى نتائجه". ونفس الأمر نجده في الشرط النموذجي الخاص بالقوة القاهرة الذى أعادته غرفة التجارة الدولية والاقتراحات التي قدمتها الغرفة بخصوص الظروف الطارئة [1].

ومن جانبه لا يتردد قضاء التحكيم في إعلان الفارق بين الاستحالة واختلال توازن العقد كلما وجد مناسبة لذلك. ومن هذه المناسبات ما تمسك به الطرف الأسباني من انخفاض قيمة العملة الأسبانية وتدهور السوق الأسبانية لنفي مسئوليته عن عدم تنفيذ التزاماته تجاه الشركة الإيطالية والذي كان محلاً للتحكيم من غرفة التجارة الدولية في القضية رقم ١٩٩٠ لسنة ١٩٧٢ [2]. فقد ردت الهيئة على هذا الدفع بقولها "إن ما فعله انخفاض العملة الأسبانية هو أنه جعل تصدير الإيطاليين لأسبانيا أكثر تكلفة ولكنه لم يجعله مستحيلاً. ولا توجد هنا أية شروط مقبولة تبرر فسخ العقد" [3].

=وارد في،

Dr. prat. com. int., 1979, p. 15.

ففي هذا العقد خصص الأطراف المادة العاشرة من العقد (الفقرات من الأولى حتى الرابعة) لبيان الآثار الناتجة عن حادث القوة القاهرة وعالجوا في المادة الرابعة عشرة منه تغير الظروف الذي يأخذ صورة Hardship. ونفس الأمر نجده في عقد Traitement à facon الذي تم بين Janson S. A. V. S. A. Engis وارد في نفس عدد المجلة، ص ٤١.

(١) انظر الفقرة الأولى من الشرط النموذجي الخاص بالقوة القاهرة والفقرة الأولى من الاقتراحات الخاصة بالظروف الطارئة.

(٢) وارد في المجموعة الأولى من قرارات التحكيم، ص ١٩٩ وما يليها.

(٣) انظر المجموعة الأولى من قرارات غرفة التجارة الدولية، ص ٢٠٠. وفي نفس الاتجاه القرار الصادر بجلسة ١٨ ديسمبر ١٩٨٥، مشار إليه في د. محيى الدين إسماعيل علم الدين، مرجع سابق، ص ٣٠٥ - ٣٠٩ وبصفة خاصة ص ٣٠٧.

المطلب الثاني
التعبير عن اختلال التوازن في عقود التجارة الدولية

٨١- يتمتع الأطراف، استناداً إلى المفهوم الاتفاقي لشرط "إعادة التفاوض" Hardship، بحرية كبيرة في التعبير عن كل عنصر من عناصر هذا الشرط. ويعتبر اختلال التوازن من أكثر العناصر التي تشهد تنوعاً وتغيراً في المصطلحات التي يستخدمها الأطراف. ويمكن أن نقسم طرق التعبير عن هذه الخصيصة إلى نوعين : الطرق العامة، والطرق الخاصة.

٨٢- أولاً : الطرق العامة :

يصف الأطراف اختلال التوازن، وفقاً لهذه الطرق، بمصطلحات عامة يعبرون فيها عن الأثر الذي ينتجه تغير الظروف، مثل اتفاق الأطراف على أن الحدث يجب أن يؤدي إلى "انقلاب توازن العقد Boulversement de l'équilibre du contrat"[١] أو "اختلال في الاقتصاد العقدي" Boulversement de l'économie contractuelle"[٢]. ونقابل في هذه الطرق أيضاً تعبير "انقلاب يعدل بشكل كبير التوازن الأساسي للأداءات a profondement modifié l'équilibre initial des prestations"[٣]. وقد يتفق الأطراف على التعبير عن هذا الأثر بوصف الأحداث بأن من شأنها أن تؤدي إلى "تشديد الأداء بالنسبة لأحد الأطراف Aggravation de la prestation pour l'une des parties"[٤]. أو "وقوع أعباء جوهرية ثقيلة جداً

---

(١) انظر في هذه الصيغة.

El MAHI (H.), Op. cit., p. 245.

(٢) انظر في هذه الصيغة، الشرط رقم ١٢و١٥ في

PHILIPPE (D.), Op. cit., p. 252 et 253.

وشرط Hardship الوارد في عقد Traitement à facon، المشار إليه سابقاً.

(٣) شرط مشار إليه في

LE FICHANT (F.), Op. cit., p. 131.

(٤) صيغة مشار إليها في،

PHILIPPE (D.), Op. cit., p. 223.

"Charges sensiblement plus lourdes"[1].

وفي العديد من الشروط يضيف الأطراف إلى هذه الصياغات العامة ضرورة إصابة أحد الأطراف بضرر من جراء التغير في الظروف. ومثال هذا النوع الشرط الذي ينص على أنه "في حالة وقوع أحداث غير متوقعة .... والتي يكون من آثارها قلب الأساس الاقتصادي للعقد مسببة ضرر لأحد الأطراف ... "[2]. وكذلك الشرط الذي ينص على أنه "..... إذا تعدل اقتصاد العقد لدرجة أنه جعل تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزامه ضاراً.. "[3].

ومن ذلك أيضاً الشرط رقم ١٨ الوارد في الترخيص الصادر بالبحث عن البترول واستغلاله في منطقة السلوم بالصحراء الغربية في ٨ مارس ١٩٩٦ حيث ينص هذا الشرط تحت عنوان "توازن العقد" على أنه "في حالة ما إذا حدث، بعد تاريخ السريان، تغيير ..... مما يكون له تأثير على المصالح الاقتصادية لهذه الاتفاقية أو تفرض على المقاول التزاماً بأن يحول إلى جمهورية مصر العربية المبالغ الناتجة عن بيع غاز المقاول "[4].

وفي بعض الصياغات قد يشترط الأطراف وقوع أضرار غير عادلة لأحد الأطراف. ومن ذلك الشرط الذي اتفق فيه الأطراف على أنه " ومن المتفق عليه أنه في حالة ما إذا ورد على الموقف المالي أو الاقتصادي تعديلات تؤدي إلى نتائج غير عادلة لأحد الأطراف، فإنهم يلتزمون بإجراء مراجعة للعقد باتفاق مشترك .... "[5]. وفي عدد غير قليل من

(١) صيغة مشار إليها في،

BARBIERI (J. - J.), Op. cit., p. 446.

(٢) شرط رقم ١٥ مشار إليه في

PHILIPPE (D.), Op. cit., p. 253.

وكذلك الشرط رقم ١٢ مشار إليه في ص ٢٥١.

(٣) شرط مشار إليه في،

FONTAINE (M.), Op. cit., p. 264.

(٤) انظر الجريدة الرسمية، العدد ١٨ تابع (ب)، ٩ مايو ١٩٩٦، ص ١٦. وانظر أيضاً وبنفس المصطلحات المادة ١٩ من الترخيص الصادر في شأن البحث عن الغاز واستغلاله في منطقة مليحة (حفر عميق) بالصحراء الغربية، وارد في الجريدة الرسمية، العدد ١٨ تابع (ج)، ٩ مايو ١٩٩٦، ص ١٤٤.

(٥) مشار إليه في،

OBEID (Gh.), Op. cit., p. 254.

الشروط يعبر الأطراف عن اختلال توازن العقد بالإشارة إلى الضرر الذي قد يصيب أحدهم وبعدم العدالة بين الأداءات معاً. ومثال ذلك الشرط الذي ينص على أنه " .... إذا تحمل أحد الأطراف ضرراً كبيراً ليس من العدالة أن نطالبه بتحملها" [١].

٨٣- ثانياً : الطرق الخاصة :

وفي المقابل يمكن للأطراف أن يعبروا عن اختلال التوازن الذي يسببه حدث Hardship بالإشارة إلى التغير الذي يرد على عنصر معين من عناصر العقد. وقد يكون هذا العنصر هو الثمن كالشرط الذي يتحدث عن "..... ارتفاع تكلفة الحصول على النقد أو الائتمان أو تخفيض المبلغ الأساسي أو الفائدة التي يمنحها البنك ... "[٢]، أو الشرط الذي يتحدث عن "عائد غير كاف لتغطية تكلفة العملية " [٣].

وغالبية الشروط من هذا النوع تركز أكثر على الانخفاض في قيمة العملة أو العملات التي سينفذ بها العقد، كالشرط الذي يشير إلى "الاختلال الكبير في القيمة بين العملات التي يشير إليها العقد" [٤]. ومن هذه الشروط ما يركز على عنصر الفائدة التي من المقرر أن تنتج من تنفيذ العقد، مثل الشرط الذي ينص على أنه "إذا كسب أحد الأطراف فوائد من العقد لا تتناسب مع التزاماته " [٥].

٨٤- والجدير بالذكر أن الفقه يفضل هذه الطرق الخاصة في التعبير عن اختلال توازن العقد ويدعو الأطراف دائماً إلى تحديد مقصدهم من هذا العنصر بشكل دقيق. وذلك تفادياً للصعوبات المتعددة التي قد تنشأ من تفسير المصطلحات العامة التي قد يستخدمها الأطراف مثل اختلال توازن العقد أو اختلال كبير في

---

(١) مشار إليه في،
BARBIERI (J. - J.), Op. cit., p. 459.

(٢) مشار إليه في.Ibid

(٣) مشار إليه في.
PHILIPPE (D.), Op. cit., p. 223.

(٤) مشار إليه في.Ibid
وانظر كذلك الشرط المشار إليه في،
LE FICHANT (F.), Op. cit., p. 133.

(٥) مشار إليه في،
PHILIPPE (D.), Op. cit., p. 245.

الأداءات وغيرها من هذه الصيغ [١]. ويشير بعض الفقه باهتمام إلى ضرورة ابتعاد الأطراف عن العناصر الشخصية التي تخلق مشكلات في التفسير مثل فكرة العدالة [٢].

وفي الواقع لا يجب الإسراف في القول بأن استخدام الطرق الخاصة في التعبير عن اختلال توازن العقد يتجنب كل مشكلات التفسير؛ لأن من هذه الطرق ما يستخدم أيضاً مصطلحات غير محددة ويحتاج بدورها إلى تفسير. فالاختلال الكبير بين قيم العملات المنصوص عليها في العقد والفائدة التي لا تتناسب مع الالتزامات الناتجة من هذا العقد تثير صعوبات لا تقل في مستواها عن تلك التي يثيرها الاختلال في التوازن الأساسي للعقد أو تشديد أداء أحد المتعاقدين. فالعبرة إذن ليست باستخدام طريقة أو بأخرى وإنما بالتحديد الدقيق من جانب الأطراف لنسبة الاختلال التي يقصدونها سواء بنسبة معينة أو بربط الاختلال بتغير معين في الظروف مثل انخفاض محدد في العملة أو في سعر التكلفة. وإذا كانت غالبية الطرق الخاصة تحقق هذا الهدف فإنها ليست كلها كذلك.

---

(١) انظر،

LE FICHANT (F.), Op. cit., p. 132.

(٢) انظر في هذا الرأي، مجموعة العمل برئاسة (.FONTAINE (M، مشار إليه في،

Op. cit., p. 266.

المبحث الثاني
خصائص الاختلال ومعيار تقديره

٨٥- لا ينطبق النظام القانوني لشرط "إعادة التفاوض" Hardship إلا إذا كان الاختلال بين أداءات المتعاقدين يسبب ضرر فادحاً لأحدهم بحيث ينقلب توازن العقد رأساً على عقب.

ولا يقدر الاختلال الذي يسببه شرط "إعادة التفاوض" بمعيار واحد، فقد يقدر بمعيار شخصي أو موضوعي.

وسوف ندرس هاتين الفكرتين في مطلبين مستقلين:

المطلب الأول
خصائص الاختلال

٨٦- يوصف الاختلال اللازم لتطبيق أحكام شرط " إعادة التفاوض " بأنه اختلال كبير في أداءات المتعاقدين، ويؤدي إلى عدم عدالة ظاهرة بين هذه الأداءات، كل ذلك على التفصيل الآتي :

٨٧- أولاً : اختلال جوهري :

يتفق الفقه على ضرورة أن يؤدي الاختلال بين الأداءات الذي يستوجب تعديل العقد إلى ضرر كبير لأحد المتعاقدين [١]، أي اختلال جوهري في توازن العقد. ولذا يري البعض أن الطريقة التقليدية في التعبير عن الاختلال تشير إلى ضرورة أن يتعدل اقتصاد العقد بشكل يسبب ضرراً لأحد الأطراف [٢].

وعلى الرغم من أهمية هذه الخصيصة، فإن الشروط التعاقدية لا تعبر عنها بشكل موحد. فمن هذه الشروط ما يصف الضرر الذي يتحمله أحد المتعاقدين بوصف عام، ومنها ما يحدد صورة معينة من الضرر حتى تنطبق أحكام شرط "إعادة التفاوض".

٨٨- الضرر العام والخاص :

يعبر الأطراف عن صفة عمومية الضرر باتفاقهم على أن وقوع ضرر ما لأحد المتعاقدين يكفي لخلق اختلال في توازن العقد ويعطي الحق للمضرور في طلب إعادة التفاوض في شأن العقد دون أن يصفوا هذا الضرر بصفة ما. ومثال لذلك اتفاق الأطراف على أنه " إذا تعدل اقتصاد العقد نتيجة لظروف جعلت تنفيذ التزامات أحد المتعاقدين ضاراً...."[٣]. وكذلك الشرط الذي ينص على أنه "في حالة وقوع أحداث غير متوقعة

---

(١) انظر في هذا المعنى،

CABAS (F.), Op. cit., p. 265 ; PHILIPPE (D.), Op. cit., p. 22.

حيث يرى أن "الضرر عنصر ينتج من قلب اقتصاد العقد وأن غيابه لا يعطي الحق في إثارة الشرط من أحد الأطراف".

(٢) انظر،

FONTAINE (M.), Op. cit., p. 265.

(٣) شرط مشار إليه في، Op. cit., p. 264.

يكون من أثرها قلب التوازن الاقتصادي للعقد الحالي بشكل يسبب ضرراً لأحد الأطراف ..... "[1].

وقد لا يقتصر الأطراف، في بعض الشروط، على النص على إصابة أحدهم بضرر فقط، ولكن يميزون هذا الضرر بأنه ضرر فادح أو ضرر كبير. و مثال ذلك الشرط الذي اتفق فيه على أنه " ... ونتيجة لذلك يعلن الأطراف عن نيتهم في أن يستمر تنفيذ الاتفاق في روح العدالة ودون ضرر مادي مغالى فيه "[2].

وعلى العكس من ذلك قد يفضل الأطراف استخدام طريقة أكثر تحديداً في تحديد نسبة الضرر المتطلبة لتطبيق أحكام شرط "إعادة التفاوض" Hardship كما لو تطلبوا انخفاضاً في ثمن البيع محدداً بنسبة معينة. ومن أمثلة هذه الشروط ذلك الشرط الذي ينص على أنه " إذا ارتفع ثمن البترول أو انخفض بنسبة أكبر من ستة فرنكات للطن، سيتقابل الأطراف بهدف مناقشة التعديلات في الثمن "[3].

٨٩- ثانياً : اختلال غير عادل :

لا يكتفي الفقه، للقول بوجود حالة الـ Hardship ، بأن تؤدي التغيرات في المعطيات المحيطة بالعقد إلى وقوع ضرر لأحد المتعاقدين، و إنما يشيرون دائماً إلى ضرورة أن يؤدي هذا التغير إلى عدم عدالة ظاهرة بالنسبة لهذا المتعاقد[4]، أو إلى ضرورة أن يؤدى تنفيذ العقد بنفس شروطه إلى اختلال غير عادل بين التزامات المتعاقدين[5].

---

(١) شرط رقم ٤١ مشار إليه في.
PHILIPPE (D.), Op. cit., p. 252.
وانظر أيضاً الشرط رقم ٩ و١٦ في نفس المقالة، في الصفحات رقم ٢٥٣و ٢٥٧.

(٢) الشرط رقم ١٢، مشار إليه في،
Op. cit., p. 251.

(٣) مشار إليه في،
ULIMANN (H.), Op. cit., p. 891.

(٤) انظر،
LE FICHANT (F.), Op. cit., p. 132.

(٥) انظر،
OPPETIT (B.), Op. cit., p. 803.

والجدير بالذكر أن الإشارة إلى فكرة عدم العدالة في الاختلال يصبغ عملية التفاوض بصبغة أخلاقية، الأمر الذي يعكس خصوصية شرط "إعادة التفاوض Hardship" في مواجهة نظريات أخرى مثل نظرية Frustration الإنجليزية [1]. فعلى الرغم من استخدام الأطراف لبعض الصيغ التي تقارب بين النظريتين، مثل الشروط التي يتفق فيها الأطراف على أن يؤدي التغير في الظروف إلى اختلاف أساسي في شروط العقد على نحو ما اتفق عليه الأطراف عند التعاقد [2]، فإن نظرية الـ Frustration لا تقوم على أساس فكرة العدالة [3]، وإنما تعتمد في تطبيقها على تهدم طبيعة العقد وتغير هويته بشكل لم يعد من الممكن معه القول بأن الأطراف ينفذون العقد الأساسى الذي يربطهم [4].

وإذا اتفق الفقه على أهمية قيام حالة من عدم العدالة تنتج عن التغير في الظروف لإمكان مراجعة العقد عن طريق إعادة التفاوض [5]، فإن تقدير عدم العدالة قد يتم بشكل موضوعي أو بشكل شخصي على نحو ما سنراه في المطلب القادم.

---

(١) انظر في هذا المعنى،

CABAS (F.), Op. cit., p. 75.

(٢) انظر كمثال لهذه الشروط الشرط رقم ٨ (a)، مشار إليه في،

PHILIPPE (D.), Op. cit., p. 148.

(٣) انظر في ذلك،

OPPETIT (B.), Op. cit., p. 804.

(٤) راجع في تفصيل هذه المسالة، سابقاً، بند، ٣٨.

(٥) انظر في الأهمية التي تحتلها فكرة العدالة في هذا الصدد،

EL MAHI (H.), Op. cit., n° 60, p. 78.

المطلب الثاني
تقدير الاختلال

٨٩- يختلف المعيار الذى يتبناه الأطراف في قياس الاختلال الذى يسببه الحدث المكون لشرط "إعادة التفاوض" Hardship. وتتنوع المعايير في هذا الصدد إلى نوعين : المعيار الموضوعي الذى يقيس الاختلال في ضوء التوازن الأساسي للعقد كما توقعه رجل معتاد موضوع في نفس ظروف الطرف المدين التى تأثر التزامه باختلال التوازن، والمعيار الشخصي الذى يقدر الاختلال في ضوء توازن العقد كما توقعه أطراف العقد وفي ضوء ظروفهم الشخصية [١].

٩٠- أولاً : المعيار الموضوعي :

يتبنى الأطراف هذا المعيار عندما يتفقون على ألا يأخذوا في اعتبارهم عند تقدير الاختلال ظروفهم الشخصية وخاصة ظروف المضرور من هذا الاختلال. و يُقاس الضرر في هذه الحالة بمعيار مجرد "in abstracto" [٢]، قوامه وضع شخص معتاد

---

(١) تقدير الاختلال على هذا النحو يذكرنا بتقدير الإرهاق الذى تنص عليه المادة 147/2 من القانون المدنى والمتعلقة بنظرية الظروف الطارئة. ويجيز هذا النص للقاضي التدخل ليرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين وذلك أثر وقوع أحداث استثنائية عامة غير متوقعة تجعل تنفيذ التزام "مرهقاً للمدين بحيث تهدده بخسارة فادحة".

وقد اتبع المشرع أسلوباً مرناً لتقدير الاختلال وفقاً لهذه المادة، فلم يحدده برقم معين وإنما ترك تقديره لقاضى الموضوع يقدره وفقاً لظروف كل حالة على حدة ووفقاً لمصلحة الطرفين. وفي محاولة لوضع معيار يهتدى به القاضي عند تقديره لهذا الاختلال، انقسم الفقه على نسه إلى ثلاثة آراء : يأخذ الرأى الأول بالمعيار الموضوعي الذى ينظر إلى شروط الصفقة وحدها دون النظر إلى مجموع ثروة المدين. فالإرهاق يهدد المدين خسارة فادحة وفقاً لهذا المعيار متى كان إرهاقاً شديداً يجاوز الخسارة المألوفة في مثل هذه التعاملات. (د. عبد الرزاق السنهورى، الوسيط، المجلد الأول، العقد، المرجع السابق، بند ٤٢٠، ص ٨٧٦).

(٢) ويتبنى الرأى الثاني، المعيار الشخصي الذى يعول بالدرجة الأولى على ظروف المدين الشخصية، فالإرهاق يكون شديداً لو أصاب المدين نفسه بخسارة فادحة. (انظر في شرح هذا المعيار، د. محمد عبد الجواد، شرط الإرهاق في تطبيق نظرية الظروف الطارئة، مقال، مجلة القانون والاقتصاد، س٣٢، العدد الرابع، ص ٥٤٧).

ويميل الرأى الثالث، إلى الأخذ بمعيار مختلط قوامه تطبيق متتابع للمعيارين الشخصي والموضوعي معاً. ويقسم أنصار هذا الاتجاه عملية تقدير الاختلال إلى مرحلتين تخضع كل مرحلة لمعيار مختلف عن المعيار الذى تخضع له المرحلة الثانية. فالمرحلة الأولى هى مرحله بيان التجاوز الذى حدث في قيمة الالتزامات عند تنفيذها وذلك بالمقارنة بقيمتها وقت إبرام العقد. وتقدير هذه المرحلة بمعيار موضوعي حيث يتعلق الأمر بعملية حسابية بحتة يتم فيها =

في نفس ظروف المدين المتعاقد لمعرفة قدر الضرر الذى أصابه من جراء اختلال توازن العقد. ولا يفحص المحكم وفقاً لهذا المعيار شيئاً على المستوى الشخصي للمتعاقدين، بل ينحصر بحثه في شروط الصفقة ومدى التغير الذي طرأ على هذه الشروط أو على ظروف تنفيذها [1]، وما سببه هذا الاختلال من ضرر يستطيع أن يتحمله شخص معتاد موضوع في نفس الظروف.

ويشير بعض الفقه، وفقاً لهذا المعيار، إلى التغير الذي يحدث في التزامات الأطراف والذي يؤدي إلى نتائج مختلفة عن تلك التي توقعها الشخص المعتاد وقت إبرام العقد، ويستخدمون للتعبير عن هذا التغير طريقة الميزانية بشقيها السلبي والإيجابي حيث يرون أن " الحساب السالب في ميزان الأداءات يعتبر نقطة البداية لتبرير إعادة توازن العقد " [2].

ومن أمثلة الشروط التعاقدية التي تبنى فيها الأطراف المعيار الموضوعى الشرط الذى ينص على أنه " ... إذا اختل توازن الاتفاق الحالي بشكل أساسي ... ..." " [3]. والشرط الذي ينص على أن " اختلال... يعوق السريان العادى للاتفاق... ... " [4]. ففي هذين الشرطين لم يربط الأطراف بين انقلاب التوازن وبين ظروف

= طرح قيمة الأداء أو تكلفته وقت إبرام العقد من قيمته وتكلفته وقت إبرام العقد من قيمته أو تكلفته السوقية وقت التنفيذ، ويمثل الفارق بين القيمتين التجاوز الذى حدث في الالتزامات. أما المرحلة الثانية، فهى مرحلة بيان الإرهاق الذى تحمله المدين والذى يجيز تدخل القاضي لرفعه. وتقدر هذه المرحلة بمعيار شخصي. ويتم في هذه المرحلة طرح الزيادة المألوفة في التعامل من قيمة التجاوز الناتج من المرحلة الأولى، ويمثل الفارق بينهما قيمة الإرهاق الذى أصاب المدين من جراء تنفيذ العقد. وتتم هذه المرحلة وفقاً للمعيار الشخصي لأن تحديد ما هو مألوف في التعامل من عدمه يرجع فيه إلى المعيار الشخصي حيث يعتد بظروف المدين وقدراته المالية. (راجع في تفصيل هذه الفكرة، د. رشوان حسن رشوان، رسالة، سابقة، بند ١٨٢، ص ٥١٩ – ٥٢٠).
انظر في هذا المعنى،

CABAS (F.), Op. cit., p. 80.

(١) انظر في هذا المعنى،

LARROUMET (Ch.), Op. cit., p. 155.

(٢) انظر،

BARBIERT (J. - J.), Op. cit., p. 446.

(3) مشار إلية في.

FONTAINE (M.), Op. cit., p. 264.

(4) مشار إليه في.

المتعاقدين، ولكنهم عولوا بالدرجة الأولى على ظروف موضوعية متمثلة في الشروط الأساسية للعقد، والسريان العادى للعقد.

ومن قرارات التحكيم التي يمكن القول بأنها قد تبنت هذا المعيار، القرار رقم ١٥١٢ لسنة ١٩٧١. فقد أشارت هيئة التحكيم في هذا القرار، عند تقديرها لاختلال توازن العقد، إلى الخصيصة الجوهرية للتغير في الظروف، الشروط الأساسية للعقد، العدالة في تنفيذ العقد، ولم تشر في المقابل إلى ظروف المتعاقدين الشخصية [1].

وإذا كان اختيار المعيار الموضوعي من جانب الأطراف يتمشى مع الخصيصة الاستثنائية لشرط "إعادة للتفاوض" Hardship [2]، على اعتبار أن تطبيقه يعد استثناءً من مبدأ القوة الملزمة للعقد، إلا أن استخدامه قد يسبب مشكلات كبيرة في تفسير إرادة الأطراف ومقصدهم من الاختلال المتطلب. ومما يساعد على تفاقم هذه المشكلات استخدام الأطراف لمصطلحات عامة غير محددة يصعب معها تحديد نيتهم [3]. هذا بالإضافة إلى أن هذا المعيار يهمل العوامل الشخصية للمضرور، وقد يكون لهذه العوامل أهمية كبيرة في التقدير السليم للضرر، فقد يكون الضرر كبيراً من الناحية الموضوعية: أي بالمقارنة بالضرر الذي قد يصيب مديناً آخر، ولكنه لا يكون كذلك بالنسبة للمدين نظراً لقدرته المالية الكبيرة على سبيل المثال.

٩١- ثانياً : المعيار الشخصي :

يقيس هذا المعيار الاختلال، وعلى خلاف المعيار الموضوعي، بالتغير الذي طرأ على الظروف الشخصية للمتعاقدين وخاصة المدين المضرور. فالاختلال يكون ضاراً غير عادل وفقاً لهذا المعيار متى تحمل المدين ضرراً شديداً من جراء فقد العقد لتوازنه بحيث

---

(1) راجع في ذلك، المجموعة الأولى من القرارات، ص 207 – 215، ملحوظة الأستاذ " ديران " DERAINS (Y). Ibid

(2) انظر في هذا المعنى، CABAS (F.), Op. cit., p. 80..

(3) انظر، FONTAINE (M.), Op. cit., p. 264.

لم يعد من العدل أن نلزمه بأن يتحمل مثل هذا الضرر [١]. فعدم العدالة تظهر عندما يترك الضرر أثراً واضحاً على التزام المدين، حتى وإن كان من العدالة أن يتحمل مدين آخر، موضوع في نفس ظروفه، مثل هذا الضرر.

وتعبر هيئة التحكيم عن اختلال التوازن وفقاً لهذا المعيار في القضية رقم ٥٦١٧ لسنة ١٩٨٩ بقولها " اختلال التوازن الذى يجيز تعديل العقد يشير إلى ظروف مختلفة منها، تغيرات جوهرية في الظروف المحيطة بالعقد تؤثر في التنفيذ المتبادل لالتزامات المتعاقدين أنفسهم بحيث تجعل التزامات أحدهم غير معقولة وغير عادلة النسبة لالتزامات المتعاقد الآخر " [٢].

ويتحدث الفقه وفقاً لهذا المعيار عن " اختلال يؤدي إلى نتائج مختلفة بشكل أساسي عن تلك التي واجهها الأطراف عند إبرام العقد " [٣]. ولذا فالمعول عليه في هذا المعيار، كما تشير الشروط التعاقدية، هو مدى تأثر التزامات المتعاقدين بالاختلال في توازن العقد.

ولا يعنى تطبيق المعيار الشخصي في تقدير الاختلال إعادة التوزيع الحسابي لالتزامات المتعاقدين، فالأمر يتعلق بالأدق بالعدالة التعاقدية التي تفرض إعادة التفاوض لرفع الضرر الفادح وعدم العدالة الظاهرة الذي يسببها اختلال توازن العقد ولا تفرض توازناً حسابياً بين التزامات المتعاقدين. وتظهر أهمية هذا المعيار مع ذلك في الحالات التي لا يكون فيها الموقف الاقتصادي للمدين قوياً. ففي هذه الحالة يصبح الاختلال ضاراً متى أصيب هذا المتعاقد بضرر شديد حتى ولو لم يكن الضرر كذلك من الناحية الموضوعية.

ومن أمثلة الشروط التي تأخذ بهذا المعيار، الشرط الذى ينص على أن "إعادة التفاوض عندما يؤدي التنفيذ الحالي للعقد إلى نتائج غير عادلة بالنسبة لأحد

---

(١) انظر في هذا المعنى،

CABAS (F.), Op. cit., p. 75.

(٢) هذا القرار وارد في،

JDI, 1994, p. 1041.

(٣) انظر،

OPPETIT (B.), Op. cit., p. 803.

المتعاقدين " [١]. وكذلك الشرط الذي ينص على أنه "..... إذا تحمل أحد الأطراف ما لم يكن بشكل عادل أن نطلب منه أن يتحمله .... سوف يتفق الأطراف على تعديل شروط العقد الحالي ليلائم الموقف الجديد بشكل عادل للطرفين"[٢]. وأيضاً اتفاق الأطراف على إعادة التفاوض في حالة ما إذا فرضت التغيرات على أحد الأطراف " أن يتحمل عبئاً غير عادل " [٣].

ويبين لنا من خلال فحص الشروط التعاقدية وقرارات التحكيم أن الأطراف عادة ما يفضلون المعيار الشخصي في تقديرهم للاختلال وذلك بأن يتفقوا على أن نسبة معينة من الاختلال تجيز طلب تعديل العقد. وقد يلجأ المحكمون أنفسهم إلى هذا المعيار في تقدير الاختلال حتى في حالة عدم اتفاق الأطراف على هذه النسبة.

فإذا حدد الأطراف في العقد نسبة معينة للتغيرات و تجاوزت التغيرات هذه النسبة المحددة، يعتبر الاختلال الناشئ عن هذه التغيرات اختلالاً فادحاً يجيز إعادة التفاوض في العقد. ويعزو تقدير الاختلال في هذه الحالة إلى الأطراف أنفسهم. ومثال لذلك اتفاق الأطراف الذى يجسده الشرط الذى ينص على أنه " لو ارتفع ثمن الزيت بنسبة أكبر من ستة فرنكات للطن، سوف يتفاوض الأطراف لفحص أثر هذه الزيادة على شروط العقد سواء تعلق الأمر بشرط الثمن أو بأى شرط آخر " [٤].

في هذا الشرط قدر الأطراف أن زيادة قيمة الطن بأكثر من ستة فرنكات تعد زيادة كبيرة يختل بها توازن العقد، وبالتالى يجيز إعادة التفاوض في العقد.

وفي بعض الحالات يحدد الأطراف البند الذى يرد عليه التغير ويجيز التفاوض في العقد دون تحديد نسبة معينة للتغيرات التي يعتبر بعدها التغير فادحاً. وتثير هذه

---

(١) شرط مشار إليه في،
FONTAINE (M.), Op. cit., p. 265.

(٢) مشار إليه في،
OPPETIT (B.), Op. cit., p. 803 ; CABAS (F.), Op. cit., p. 75.

(٣) مشار إليه في،
FONTAINE (M.), Op. cit., p. 265.

(٤) انظر الحكم الصادر من محكمة استئناف باريس في 28 سبتمبر 1976 والمعروف باسم " حكم E.D.F ضد Sté Shell Française وهو منشور في،
JCP, éd. C.I., 1978, pp. 300 - 303.

الحالات تساؤلاً عن المعيار الذى يطبقه المحكم في قياس الاختلال.

ومثال لهذه الشروط ذلك الذى ينص على أنه "في حالة التطورات أو التغيرات التي ترد على الفرنك الفرنسي أو الدولار الأمريكي، يجتمع الأطراف لمناقشة آثار هذه التغيرات على تنفيذ العقد، ويتخذون الإجراءات المناسبة لإعادة توازن العقد".

هذا الفرض يتساوى في نظرنا مع الفرض الذى لا يحدد فيه الأطراف لا البند الذى يرد عليه التغير، سواء بند الثمن أو أى بند آخر، ولا نسبة معينة لهذا التغير. فالأصل في الفرضين أن الأطراف لم يعبروا بوضوح عن نيتهم في تبنى هذا المعيار أو تلك.

ويبين لنا من خلال فحص قرارات التحكيم التجاري الدولي الصادرة في هذا المجال أن المحكمين يميلون في هذين الفرضين إلى تبني المعيار الشخصى في تقدير الاختلال [٥]. فالتغيرات التي ترد على التزامات المتعاقدين تصل إلى حد الاختلال متى أدت هذه التغيرات إلى عدم تعادل واضح بين التزامات المتعاقدين بحيث تختلف عن تلك التي توقعها الأطراف أنفسهم وقت إبرام العقد. فالمحكم يأخذ في اعتباره ظروف المتعاقدين الشخصية وخاصة المدين الذى تأثر تنفيذ التزامه بهذا الاختلال.

ومن أمثلة القرارات التي تبنى فيها المحكمون هذا المعيار، القرار رقم ٢٧٠٨ لسنة ١٩٧٦. فقد أشارت هيئة التحكيم في هذا القرار إلى أنه يتطلب لإعمال شرط إعادة التفاوض أن يكون هناك تعديل غير عادى في التزامات المتعاقدين ينهدم به التوازن بين التزامات المتعاقدين بحيث لم تعد كما قصدها الأطراف عند إبرام العقد [٦]. ونفس الأمر في القضية رقم ٦٢٨١ لسنة ١٩٨٩ حيث قرر المحكم أن ارتفاع أسعار الحديد الصلب في الأسواق العالمية بنسبة أقل من ١٦و١٣٪ تعتبر زيادة معتادة في ظروف القضية وفقاً لقدرات المتعاقدين الشخصية. وأكد المحكم أنه يجب أن يترتب على الاختلال ضرر كبير لأحد المتعاقدين من جراء تنفيذ التزامه التعاقدي، ويجب أن يتجاوز هذا الضرر

---

(٥) الجدير بالذكر أن غالبية قضاء النقض المصري يأخذ بالمعيار الموضوعي في تقدير الإرهاق الذى تنص عليه المادة ٢/١٤٧ مدنى الخاصة بتطبيق نظرية الظروف الطارئة. انظر على سبيل المثال، نقض مدني، جلسة ١٢/١٥ ١٩٧٠، مجموعة المكتب الفني، طعن رقم ٢٤٥ لسنة ٢٦ قضائية، السنة ٢١، ص ١٢٣٤ ؛ نقض مدني، جلسة ١٩٧٧/٣/١، مجموعة المكتب الفني، طعن رقم ٥٨٠ لسنة ٤٣ قضائية، السنة ٢٨، ص ٦٠٠ ؛ نقض مدني، جلسة ١٩٨٥/١٢/٢٤، مجموعة المكتب الفني، الطعن رقم ٥٨٥ لسنة ٥٢ قضائية، السنة ٣٦، ص ١١٧٨.

(٦) راجع المجموعة الأولى من القرارات، ص ٢٩٧ – ٣٠١، وبصفة خاصة ص ٢٩٨، ملحوظة الأستاذ " ديران " DERAINS (Y.).

مجرد المخاطر التجارية المعقولة [1]. وفي القضية المماثلة لم تصب زيادة الأسعار، بالنسبة المعلنة، أياً من المتعاقدين بضرر فادح نظراً لقدراتهم المالية العالية.

والأمر أكثر وضوحاً في القرار الصادر في القضية رقم ٢٥٠٨ لسنة ١٩٧٦، حيث رفض المحكمون حجة الشركة Y بان عدم تسليمها لكميات الكربون المتفق عليها إنما يرجع إلى ارتفاع أسعار البترول في السوق العالمية في الفترة ما بين انعقاد العقد وتنفيذه، وأن تنفيذ التزامها بالسعر المتفق عليه يصيبها يختل به توازن العقد مما يصيبها بضرر شديد.

رفض المحكمون هذه الحجة وبرروا رفضهم بأن ارتفاع أسعار البترول على النحو الذى تم به لم يؤد إلى اختلال توازن العقد ولم يصب الشركة Y بضرر شديد يجيز لها طلب إعادة التفاوض في العقد. واستند المحكمون في تقديرهم لدرجة التغيرات التي حدثت في أسعار البترول، وما إذا كانت تشكل اختلالاً في توازن العقد أم لا، إلى المعيار الشخصي، حيث فحصت هيئة التحكيم الظروف الاقتصادية للشركة المدعى عليها وما يمثله العقد محل النزاع بالنسبة لها. وتقول هيئة التحكيم في ذلك " لا يكفي أن تثير الشركةY ارتفاع أثمان البترول في السوق العالمية، وإنما يجب عليها أن تعرض بشكل مفصل لمصادرها المالية وتبرز لهيئة التحكيم النتائج الضارة التي أصابتها من جراء ارتفاع أثمان البترول ". وأشارت الهيئة بعد ذلك إلى اعتراف الشركة المدعى عليها بأن العقد لا يمثل إلا شيئاً بسيطاً في رقم أعمالها العام، مما يعنى عدم تأثر ماليتها بمثل هذا الارتفاع في الأسعار [2].

وينتصر الفقه، وبحق، إلي المعيار الشخصي في تقدير الاختلال [3]. فمن ناحية يبحث المحكم وفقاً لهذا المعيار الخسارة التي تكبدها المدين من جراء تغير الظروف المحيطة بالعقد. ويبحث أيضاً المكسب الذى منحه الاختلال للطرف الآخر، الأمر الذى يقدم مزية البحث المزدوج للتغيرات التي طرأت على التزامات المتعاقدين. وهو من ناحية ثانية،أكثر عدالة، لأنه يأخذ في اعتباره الظروف الاقتصادية للمتعاقد المضرور. ولذا يكون تحديد

---

(١) راجع المجموعة الثانية من القرارات، ص 394

(٢) انظر. المجموعة الأولى من القرارات، ص ٢٩٢ – ٢٩٦، وبصفة خاصة ص ٢٩٣، وانظر أيضا تعليق الأستاذ "ديران" DERAINS على هذا القرار.

(٣) انظر على سبيل المثال،

CABAS (F.), Op. cit., p. 80.

نطاق الضرر وفقاً له أكثر انضباطاً وأكثر تحديداً. ومن ناحية ثالثة فهو معيار أكثر منطقية؛ لأن الحفاظ على بقاء العقد، وهو الهدف الذي يسعى إلى تحقيقه شرط " إعادة التفاوض " Hardship ، يفترض قدرة كل متعاقد على تنفيذ التزامه دون تحمل ضرر فادح. و لكى يحقق الشرط هذا الهدف يجب أن نقيس مدى فداحة الضرر الذى يتحمله المتعاقد بمعيار شخصي لا موضوعي يأخذ في اعتباره ظروف المتعاقد الشخصية.

الباب الثاني
اقتراب المفهوم المرن للقوة القاهرة من مفهوم " شرط إعادة التفاوض "

٩٢- إن الحاجة إلى تأمين تنفيذ العقد، خاصة في عقود التجارة الدولية، أدت إلى تطور مفهوم القوة القاهرة وشروط تطبيقها والنتائج المترتبة عليها، وأصبح الأطراف يتبنون مفهوماً موسعاً لها. وقد شمل هذا التوسع، إلى جانب شروط تطبيق هذه النظرية، النتيجة التي تترتب عليها، بحيث أصبحت النظرية تواجه الفروض التي يكون فيها الالتزام أكثر إرهاقاً للمدين وليس فقط مستحيلاً[1].

وقد نتج عن التوسع في مفهوم فكرة القوة القاهرة أن اقترب هذا المفهوم من مفهوم شرط "إعادة التفاوض" Hardship. وتوضيح قدر هذا الاقتراب بين المفهومين يقتضي منا أن نتحدث في فصل أول عن أسباب ومصادر التوسع في مفهوم القوة القاهرة، وأن نبين في فصل ثان قدر الاقتراب بين المفهومين بسبب التوسع في مفهوم القوة القاهرة. وهذا ما سنعالجه في فصلين متتاليين.

---

(١) انظر في هذا المعنى،

VAN UYTVANCK(J.) Le point de vue d'intreprises belges à l'égard du contrat international, synthèse d'un débat , in " Le contrat économique international ", op . cit. , p. 239 ; LESGUILLONS (H.) , Frustration , force majeure , op. cit., p.252 .

الفصل الأول
أسباب ومصادر التوسع في مفهوم القوة القاهرة

٩٣- يعتمد المفهوم الموسع للقوة القاهرة على اتفاق الأطراف، وفي ذلك يتساوى بشرط "إعادة التفاوض " Hardship . فرغبة الأطراف في تجنب النتائج المتشددة التي يرتبها المفهوم التقليدي لها، وخاصة فيما يتعلق بفسخ العقد وما يترتب عليه من آثار، هي التي تدفعهم إلى الاتفاق على التوسع في هذا المفهوم بإضفاء جانب من المرونة في شروط تطبيق ونتائج هذه الفكرة. ولهذا يعتبر الفن التعاقدي أو الحرية التعاقدية هى المولد الحقيقي لهذا المفهوم الموسع.

ويأخذ التوسع في مفهوم القوة القاهرة صوراً متعددة، منها ما يرتبط بالمفهوم العام أو المجرد لها، ومنها ما يرتبط بالمفهوم بذكر أمثلة والمفهوم المختلط.

وسوف نبين على التوالي، الأسباب التي يعزو إليها هذا التوسع في مفهوم القوة القاهرة، وصور هذا التوسع في فرعين متتاليين.

الفرع الأول
أسباب التوسع في مفهوم القوة القاهرة

٩٤- إلى جانب اتساع مجال الحرية التعاقدية في عقود التجارة الدولية، يعزو التوسع في مفهوم القوة القاهرة أيضاً إلى الطبيعة الخاصة بعقود التجارة الدولية سواء بسبب الأهمية الاقتصادية لهذه العقود، أو بسبب الطبيعة الخاصة بأطراف هذه العقود.

وعلى هذا تنحصر أسباب التوسع في مفهوم القوة القاهرة في عقود التجارة الدولية في:

(١) اتساع مجال الحرية التعاقدية في عقود التجارة الدولية

(٢) الطبيعة الخاصة بعقود التجارة الدولية

وسوف نعالج كل سبب من هذه الأسباب في مبحث مستقل.

المبحث الأول
اتساع مجال الحرية التعاقدية في عقود التجارة الدولية

٩٥- إذا كان الأطراف يتمتعون بحرية كبيرة في إبرام العقود الداخلية، فإن هذه الحرية تبدو في أقصى نطاقها إذا تعلق الأمر بعقود التجارة الدولية. ويعترف قانون التجارة الدولية بحرية كبيرة للأطراف في تنظيم شروط القوة القاهرة تطبيقاً لمبدأ حرية التعاقد.

وسنبين على التوالي في هذا المبحث مدى الحرية الواسعة التي يتمتع بها الأطراف في عقود التجارة الدولية فيما يتعلق بشروط القوة القاهرة وذلك في مطلب أول، وحدود هذه الحرية في مطلب ثان.

المطلب الأول
مبدأ حرية التعاقد وتنظيم شروط القوة القاهرة

٩٦- حرية التعاقد أو الحرية التعاقدية للأطراف مبدأً أساسي معترف به في كافة القوانين الوطنية، وفي قانون التجارة الدولية. وتترجم أهميته في هذا المقام عن طريق منح الأطراف حرية كبيرة في تنظيم شروط القوة القاهرة أو شروط الإعفاء من المسئولية بصفة عامة.

وسوف نوضح في هذا المبحث، الاعتراف بالمبدأ في القانون المقارن وفي عقود التجارة الدولية، وتطبيق هذا المبدأ على شروط القوة القاهرة، وذلك في مطلبين متتاليين.

٩٧- أولاً : الاعتراف بحرية التعاقد في القانون المقارن و عقود التجارة الدولية :

من الثابت قانوناً أن إرادة الإنسان حرة بطبيعتها، ولا يتقيد الإنسان – بحسب الأصل – إلا بإرادته [1]. والإرادة هى أساس التصرف القانوني، فهى التي تنشئه وهى التي تحدد آثاره [2]. وهذا ما يعبر عنه الفقه بمبدأ سلطان الإرادة "L'autonomie de la volonté".

ويشتمل مبدأ سلطان الإرادة على فكرتين، الأولى، أن كل الالتزامات ترجع في مصدرها إلى الإرادة الحرة للأطراف، والثانية، أن أثر الإرادة لا يقتصر على إنشاء الالتزام، بل تعتبر المرجع الأعلى فيما يترتب على هذه الالتزامات من آثار [3].

---

(١) في هذا المعنى، د. نعمان محمد خليل جمعة، دروس في المدخل للعلوم القانونية، دار النهضة العربية، ١٩٧٨، ص ٥٥١ ، وانظر أيضاً،

LARROUMET (Ch.), Op. cit., n° 113, p. 103.

(٢) انظر، د. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة و معمقة، ١٩٨٤، بند ٢٧، ص ٤١.

(٣) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدنى، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، المجلد الأول، العقد، قام بتنقيحها المستشار مصطفي محمد الفقي، دار النهضة العربية، ١٩٨١، بند ٤٣، ص ١٨٠ – ١٨١.

وقد أثر ظهور مبدأ سلطان الإرادة على جانبين من جوانب العقد هما الشكل والموضوع [١]. فمن حيث الشكل، فقد لحق العقد تطور كبير بواسطة مبدأ الرضائية الذي يحتويه مبدأ سلطان الإرادة. ويقصد بمبدأ الرضائية أن الإرادة كافية بذاتها لإبرام التصرفات القانونية دون ضرورة إلى أن تنصب هذه الإرادة في شكل معين [٢]. وفيما يتعلق بموضوع العقد، فيقضي مبدأ سلطان الإرادة بأن الأطراف أحرار في إبرام ما يشاءون من العقود، وهم أحرار أيضاً في تحديد مضمون هذه العقود و اختيار الشروط التي تلائمهم، ولهم الحق في تحديد الالتزامات والحقوق المترتبة على عقودهم. ولا يقيد حريتهم في هذا الصدد إلا أحكام القانون المتعلقة بالنظام العام [٣]. ويعرف تأثير مبدأ سلطان الإرادة على موضوع العقد باسم حرية التعاقد أو الحرية التعاقدية [٤]. فمبدأ الحرية التعاقدية La liberté contractuelle هو مبدأ يندرج ضمن مبدأ أعلى وأكبر وهو مبدأ سلطان الإرادة [٥].

وتعني الحرية التعاقدية أنه لا يمكن إجبار أحد على التعاقد، فله الحق في رفض

---

(١) والجدير بالذكر أن مبدأ سلطان الإرادة ورد عليه تطورات كثيرة، وقد أثرت هذه التطورات في شكل العقد وموضوعه ، انظر في هذه التطورات، على سبيل المثال، في الفقه المصري، د. عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، ١٩٨٦، بند ٣٤، ص ٤٥ وما بعدها ؛ د. عبد الفتاح عبد الباقي، مرجع سابق، بند ٢٧، ص ٤١ ؛ د. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص ١٧٧، وما بعدها ؛ د. محيي الدين إسماعيل علم الدين، مرجع سابق، بند ٦٢، ص ٧٧ وما يليها.

وفي الفقه الفرنسي، انظر على سبيل المثال.

GOUNOT, Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, th., Dijon, 1912 ; TISON, Le principe de l'autonomie de la volonté dans l'ancien droit français, th., paris, 1931 ; ROUSSIER, Le fondement de l'obligation contractuelle dans le droit classique de l'Eglise, th., paris, 1933 ; RIEG, Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit français et allemand, LGDJ, 1961 ; RANOULL, L'autonomie de la volonté, Naissance et évolution d'un concept, 1980.

(٢) في هذا المعنى، د. عبد المنعم فرج الصده، بند ٣٤، ص ٤٥ وما بعدها. وانظر في التطور التدريجي نحو التخلص من الشكليات في إبرام العقود، د. عبد الفتاح عبد الباقي، مرجع سابق، بند ٢٧، ص ٤٢ وما بعدها.

(٣) د. محيي الدين إسماعيل علم الدين، مرجع سابق، بند ٨٢، ص ٨٠، وانظر أيضاً،

SCHMIDIT (J.), La négociation du contrat international, Dr. prat. com. int., 1983, p. 244.

(٤) وانظر في أثر هذا المبدأ على القاعدة القانونية في مجال القانون الدولى العام، د. جعفر عبد السلام، شرط بقاء الشيء على حاله، أو نظرية تغير الظروف في القانون الدولى العام، رسالة سابقة، ص ٢٠ وما يليها.

(٥) انظر في ذلك، =

التعاقد أو في قبوله. وفي هذه الحالة الأخيرة، له الحق أيضاً في مناقشة محتوى العقد ومناقشة الشروط المدرجة فيه سواء عند إبرامه أو أثناء تنفيذه باتفاق مع المتعاقد الآخر[1]. ويعتبر البعض أن التعبير عن سلطان الإرادة يتم دائماً باستخدام مصطلح الحرية التعاقدية[2].

٩٨- ويعتبر مبدأ سلطان الإرادة وما ينتج عنه من حرية التعاقد مبدأ ثابتاً في القانون المقارن حيث تعترف به كل الأنظمة القانونية[3]، وتعترف به أيضاً قواعد التجارة الدولية[4]، كما أنه يعد مبدأ عاماً معترفاً به من الأمم المتمدينة وفقاً لما تنص عليه المادة ٣/٣٨

=GESTIN (J.), Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat : formation, 20 ° éd., LGDJ, 1988, p. 20 ; WANG (Z. - H.), La formation des contrats internationaux, op. cit., p. 108.

وانظر في العلاقة بين مبدأ سلطان الإرادة و الحرية التعاقدية،

FLOUR (J.) et AUBERT (J. - L.), Droit civil, les obligations, V. 1, sources : l'acte juridique, 20 ° éd., 1990, n ° 99, p. 69, ; HAUSSER, Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique, LGDJ, 1971, n° 36, p. 47.

(١) أنظر في هذا المعنى،

WELL (A.) et TERRE (F.), Droit civil, les obligations, op. cit., pp. 87 - 88 ; CABRILLAC (M.), Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commercial, Mélanges MARTY (G.), 1976, n° 5, p. 237 ; KNOEPFLER (F.), L'obiligation de somme d'argent., Op. cit., p. 3.

(2)LARROUMET (CH.), Op. cit., p.103 ; WANG (Z. - H.), Op. cit., 111.

حيث يعبر هذا الأخير عن حرية التعاقد في مجال اختيار القانون واجب التطبيق على العقد بقوله " في العلاقات الدولية حرية التعاقد La liberté contractuelle وسلطان الإرادة L'autonomie de la volonté يضمنون نفس الشيء وهو حرية اختيار القانون واجب التطبيق "

(٣) انظر في ذلك،

LALIVE (P.), Op. cit., p. 351 ; HAMBRO (E.), The relation between international law and conflict law, Rec. de cours, 1962, n° 105, I, p. 1 et s ; IMHOFF - SCHEIER (A. - C.), Protection du consommateur et contrats internationaux, th., Génève, 1981, p. 69 et s.

وإذا كانت بعض التشريعات لا تنص على هذا المبدأ صراحة، فإن هذا يرجع لاعتقاد المشرع في هذه الدول أنه لا حاجة لذكر حقيقة لا نزاع ولا نقاش فيها. انظر في ذلك، د. محسن شفيق، الحرب كقوة قاهرة وأثرها على عقد البيع التجاري،، مرجع سابق، ص ١٢٣.

(٤) انظر،

WANG (Z . H.), La formation des contrats internationaux, op. cit., p. 111 ; IMHOFF - SCHELER (A. - C.), Protection du consommateur et les contrats internationaux, th., Génève, Librarie de l'université, 1981, p. 69.

من لائحة محكمة العدل الدولية [١].

فالنسبة للنظم القانونية الوطنية، نجد أن التشريعات المعاصرة أصبحت تعترف بقدر واسع بمبدأ سلطان الإرادة، وبصفة خاصة بعد انهيار النظام الشيوعي في العالم الشرقي وتبنى سياسة الاقتصاد الحر. ومن تطبيقات هذه الفكرة نجد المادة ١٤٧/١ من قانوننا المدنى التي تنص على أن "العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون". وفي المقابل نجد المادة ١١٣٤ مدنى فرنسي التي تنص على أن "الاتفاقات التي تعقد على وجه شرعي تقوم مقام القانون بالنسبة إلى عاقديها". ويعلق الأستاذ "روبير" ROBERT على الأهمية التي يحتلها هذا المبدأ في القانون الفرنسي بقوله "إن المبدأ الجوهري والأساسي المتعلق بسلطان الإرادة وصل إلى أقصى حدود له" [٢].

ونفس الأمر نجده في قانون ٥ فبراير ١٩٧٦ الألماني المتعلق بالعقود الاقتصادية الدولية حيث تنص المادة الرابعة منه، تحت عنوان "الحرية التعاقدية" على أن "ويمكن للأطراف في جميع الأحوال مخالفة أحكام هذا القانون" . ويعرف هذا المبدأ أيضاً النظام القانوني الأمريكي [٣].

ويعبر قرار التحكيم الصادر في قضية "توبكو كلاسياتيك" Topco calasiatic ضد الحكومة الليبية عن انطباق هذا المبدأ في الأنظمة القانونية بقوله : "كل الأنظمة القانونية، أياً كانت، تطبق مبدأ سلطان الإرادة فيما يتعلق بالعقود الدولية. ويظهر هذا المبدأ على أنه مبدأ عالمي في هذه الأنظمة حتى ولو لم يكن له دائماً نفس المعنى ونفس النطاق" [٤].

وتأخذ عقود التجارة الدولية أيضاً بهذا المبدأ، بل ويعتبر أحد المبادئ الأساسية

---

(١) انظر،

LALIVE (P.), Op. cit., p. 351.

(2)ROBERT (J.), La législation nouvelle sur l'arbitrage, D., 1980, chro., p. 189.

(٣) انظر في ذلك،

F. KESSIER, E. FINE, Culpa in contra hendo, Bargaining in good faith and freedom of contract, A Comparative study, Harvard Law Review, 1964, p. 409.

(٤) انظر في تفصيل هذا القرار،

JDI, 1977, p. 353. =

لقانون التجارة الدولية Lex mercatoria [1]. كما أنه من المبادئ الرئيسية التي قامت على أساسها مبادئ Unidroit المتعلقة بعقود التجارة الدولية حيث خصصت له صدر المادة الأولى منها التي تنص تحت عنوان الحرية التعاقدية Liberté contractuelle

---

=وانظر في أهمية هذا المبدأ في القانون الخاص الأمريكي،

SIMTH (H.), GLASTON (N. M.) and LEVITSK (S. L.), International contracts, Parker School Of Foreign and Comparative Law, United states, M. BENDER, 1981, p. 68.

(١) انظر،

LALIVE (P.), Op. cit., p. 351 ; GAILLARD (E.), Trente ans de lex mercatoria pour une application séléctive de la méthode des principes généraux du droit, JDI, 1995, p. 10.

وقد اختلف الفقه في تسمية الـ Lex mercatoria . فالبعض يسميها " قانون التجار الدولي " (د. محمد محسوب عبد المجيد درويش، قانون التجار الدولي، نشأة وتطور قانون التجارة الدولية، دراسة تاريخية، رسالة، دار النهضة العربية، ١٩٩٥/ بند ٢١٤، ص ٣٠٢ و ٣٠٣. والبعض يطلق عليه " قانون التجار الدولي الجديد " (د. حسام عيسى، التحكيم الدولي، نظرية نقدية، القاهرة، بدون ناشر، ١٩٨٨، ص ٤٧، د. بهاء هلال دسوقي، قانون التجار الدولي الجديد، القاهرة، ١٩٩٣، ص ٢٥، هامش ٢؛ د. سلامة فارس، اختلال توازن العلاقات في قانون التجارة الدولية، رسالة سابقة، ص ١٥).

أما غالبية الفقه يُطلقون عليه " قانون التجارة الدولية ". انظر على سبيل المثال، د. محسن شفيق، اتفاقية لاهاى لعام ١٩٦٤ بشان البيع الدولي للمنقولات المادية، دراسة في قانون التجارة الدولية، محاضرات ألقيت على طلاب دبلوم الدراسات العليا، القانون الخاص، القاهرة، ١٩٧٢ – ١٩٧٣، بند ١٥، ص ٨ و ٩ ؛ د. ثروت حبيب، دراسة في قانون التجارة الدولية مع الاهتمام بالبيوع الدولية، اتفاقية فيينا لبيوع ١٩٨٠، المرجع السابق، بند ١، ص ١ و بند ٩، ص ١٦ : د. رضا محمد إبراهيم عبيد، الالتزام بالتسليم في القانون الموحد للبيع الدولي للبضائع، رسالة، جامعة القاهرة، ١٩٧٩، ص ١ ؛ د. حامد على الغتيت، دروس في قانون التجارة الدولية، الجزء الثاني، دروس ألقيت على طلبة دبلوم التجارة الدولية، جامعة عين شمس، ١٩٩٣، ص ٦٣، هامش ١، حيث يفسر سيادته المقصود بكلمة Lex وكلمة Mercaroria . وقريب من ذلك، د. أحمد عبد الكريم سلامة الذي يطلق عليه " القانون الموضوعي للتجارة الدولية "، انظر، العقد الدولي الطليق بين القانون الخاص وقانون التجارة الدولية، دراسة تأصيلية انتقادية، دار النهضة العربية، ١٩٨٨، بند ٢٧، ص ٣٨.

و من جانبنا سوف نتبنى على مدار الرسالة مصطلح " قانون التجارة الدولية " وذلك لسببين :

الأول، هو أن هذا المصطلح يفضل مصطلح " القانون التجاري الدولي " لأن هذا الأخير كما يقول الأستاذ الدكتور محسن شفيق " يذكرنا بالتفرقة بين القانون التجاري والقانون المدني وهى تفرقة غير جازمة لم تستطع حتى التشريعات التي تأخذ بها إيجاد حلول قاطعة في شأنها " انظر المرجع السابق، بند ١٥، ص ٩.

الثاني، أن هذا المصطلح يفضل وبصفة خاصة في مجال دراستنا مصطلح " قانون التجار الدولي الجديد " لأنه يدل على أن قانون التجارة الدولية يشتمل، إلى جانب مجموعة القواعد التي ابتدعها التجار سواء بصفة عفوية أو مقصودة، عادات التجارة الدولية، ونصوص الاتفاقيات المتعلقة بالتجارة الدولية، والشروط العامة والنموذجية المتعلقة بهذه التجارة، وكذلك قرارات التحكيم والمبادئ العامة للقانون، وهو ما نقصده هنا. فنحن نقصد من الإشارة إلى هذا المصطلح، الإشارة إلى كل هذه المصادر المكون له، وليس فقط ما ابتدعه التجار من سلوكياتهم ونشاطهم.

على أن " الأطراف أحرار في إبرام العقد وتحديد محتواه " [١].

ويؤكد قضاء التحكيم بدوره على أهمية الحرية التعاقدية للأطراف كلما سنحت له الفرصة لذلك. ففي العديد من قرارات التحكيم يؤكد المحكمون على أن الأطراف في العقد الدولى لهم الحرية الكاملة في إدراج الشروط التي تحقق مصالحهم والتي تعبر عن نيتهم الواضحة [٢].

٩٩- ثانياً : اتساع حرية الأطراف في تنظيم شروط القوة القاهرة :

إذا كانت إرادة الأطراف تلعب دوراً كبيراً في مجال عقود التجارة الدولية. خاصة عند إعداد شروط العقد وتنظيم آثاره، فإن مجال المسئولية والإعفاء منها من أكبر المجالات التي يعلو فيها مبدأ سلطان الإرادة. وحيث إن القواعد المتعلقة بالقوة القاهرة، في كل القوانين ليست كلها من النظام العام [٣]، فمن الممكن أن تحدد هذه القواعد بالاتفاق بين الأطراف [٤].

وقد يأخذ تنظيم الأطراف لهذا الشرط أكثر من شكل، فيستطيعون أن يعدلوا في مفهوم الفكرة أو وصف الأحداث المشكلة لها أو وظيفة القوة القاهرة. والأمر يتعلق في جميع الحالات باختيار الشكل الملائم لطبيعة علاقاتهم والصيغة المفضلة لهم في تنظيم هذا الشرط [٥].

---

(١) المادة ١٠١ من الفصل الأول من هذه المبادئ.

(٢) انظر على سبيل المثال. وانظر أيضاً، القرار رقم ١٩٩٠. لسنة ١٩٧٢، المجموعة الأولى من القرارات، ص ١٩٩، القرار رقم ٢٤٣٨ لسنة ١٩٧٥، المجموعة الأولى من القرارات، ص. ٢٥٣ ؛ والقرار رقم ٢٢٩١ لسنة ١٩٧٥، نفس المجموعة من الأحكام. ص ٢٧٤، ملحوظات الأستاذ " ديران " DERAINS، والقرار رقم ١٥١٢ لسنة ١٩٧١، وارد في المجموعة الأولى من هذه القرارات، ص ٢٠٧، ملحوظة نفس الأستاذ.

(3)MAZEAUD (H. L. et J.), CHABAS (H.), Leçons de droit civil, Les obligations, Montchrestin, 5°éd, 1991, p. 664 .

وانظر أيضاً الأستاذ " فونتان " FONTAINE الذي يري أنه " لا يبدو، كقاعدة عامة، على الأقل في قوانين الدول الأوروبية، أن النظام المطبق على شروط الإعفاء التي لا ترجع لإرادة المدين، لا تتضمن إلا حلولاً مكملة لا آمرة، هذا الأمر نجده في القوانين التي تطبق شريعة common law" ، مرجع سابق، ص٢٣٦.

(٤) في هذا المعنى، ANTONMATTEI (P. - H.) . Op. cit.. p. 127.

(٥) انظر ABDUL MUNIM H. (A.) . Op. cit.. p. 367.

ويتفق فقه التجارة الدولية في أنه نظراً لاختلاف تنظيم القوانين الوطنية للقوة القاهرة أو لشروط انتفاء المسئولية أو الإعفاء منها بصفة عامة، فإنه يقع على الأطراف في العقد عبء إعطاء مفهوم معين للشرط وتحديد مجال تطبيقه وتعيين النتائج التي تترتب على حدوثه [١]. ويذهب البعض إلى أبعد من ذلك حيث يرى أن شروط القوة القاهرة التي يتفق عليها الأطراف في العقود الدولية تساهم في توحيد القواعد العامة لهذه الفكرة لأنه " لا توجد قاعدة عامة موحدة في هذا المجال. فالدولة الواحدة يمكنها أن تتبنى مفهومين مختلفين للقوة القاهرة في عقدين مختلفين مع مشروعين أجنبيين من جنسيات مختلفة " [٢]. ومبدأ حرية الأطراف في تنظيم شروط القوة القاهرة يشكل جزءاً أساسياً في تكوين قانون التجارة الدولية Lex mercatoria حيث تعترف به النظم القانونية الوطنية ويأخذه المحكمون بعين الاعتبار وبالدرجة الأولى عندما يتصدون بالفصل في نزاع يطبقون عليه أعراف التجارة الدولية أو المبادئ العامة للقانون [٣].

ومتي تضمن العقد العناصر اللازمة لتنظيم النزاع، ومادامت صحته ليست محل شك، فالمحكم يهتم في هذه الحالة بنوعين من المعطيات لحل المشكلات التي تنجم عن تنفيذ هذا العقد : المعطيات أو الأحداث الخارجية التي تعتبر أصل الصعوبات التي يواجهها التنفيذ، ونصوص العقد المختلفة التي تنظم هذه الصعوبات [٤].

والأمر يسهل على المحكم في الحالة التي يهتم فيها الأطراف بصياغة إرادتهم بشكل جيد، وتكون التنظيمات التي يدرجونها في عقدهم كافية لعلاج المشكلات التي تنجم عن عدم التنفيذ بسبب القوة القاهرة. فيكفيه في هذه الحالة أن يلجأ إلى إرادة المتعاقدين التي تترجمها نصوص العقد للبحث عن الحلول التي ارتضاها الأطراف، حتى لو كان القانون واجب التطبيق ينظم هذا الأمر. فلن يكون بحاجة إلى اللجوء إلى أحكام القانون المطبق مع وجود نص تعاقدي واضح . وهذا كله يعكس أهمية الدور الذي تلعبه الإرادة في

---

(١) انظر،

ANTONMATTEI (P. -H.), Op. cit., p. 350.

(2)LEBOUIANGER (Ph.), Op. cit., p. 200.

(٣) انظر في هذا المعني،

GAILLARD (E.), Trente ans de la lex mercatoria, op. cit., p. 10.

(٤) في هذا المعنى،

LE ROY (D.), Op. cit., p. 452.

هذا الصدد [1].

وتطبيق هذه الحالة نقابله في قرار التحكيم الصادر في القضية رقم ٢٠٩٣/٣١٠٠ لسنة ١٩٨٠. فعلى أثر عدم سداد المشروع المتعاقد المبالغ المطلوبة منه بسبب الرقابة على النقد المفروضة من حكومته، طبق المحكم النص الذي أدرجه الأطراف في العقد الذي يعالج مشكلات عدم التنفيذ. والملاحظ أن المحكم قد طبق هذا النص على الرغم من أن القانون الفرنسي هو القانون واجب التطبيق على مجموع العقد. وتفضيل المحكم لتطبيق النص التعاقدي في هذه الحالة على أحكام القانون الواجب التطبيق يرجع - في رأينا -إلى دقة صياغة الشرط وتحديده الجيد بخصوص النقطة محل النزاع . وقد نص هذا الشرط على أن "لا يلتزم الأطراف بالخسارة أو الأضرار أياً كانت طبيعتها، إذا كانت متولدة من أى تأخير أو عيب في تنفيذ الالتزامات المنصوص عليها في العقد ، والتي سببتها القوة القاهرة دون أن يكون هناك خطأ أو إهمال من الطرف الذي يتمسك بها. ويعد من قبيل القوة القاهرة، في تنفيذ هذا العقد، احترام البائع و المشتري لكل وضع أو إجراء ينتج من نص تشريعي صادر من أية سلطة وطنية ...." [2].

وفي القرار الصادر في القضية رقم ٢٧٥٨ لسنة ١٩٧٦ أكدت هيئة التحكيم على أهمية تنظيم مواجهة الصعوبات الناتجة عن تغير الظروف وبصفة خاصة القوة القاهرة بقولها "إن خشية تغير الظروف، في المجال التجاري بصفة خاصة، هو الذي يحث الأطراف على إبرام العقود تحقيقاً لمصلحتهم الاقتصادية. وكل طرف متعاقد يستفيد من التغيرات التي تحدث، لذلك يقبل بشكل ضمني تحمل مخاطر هذا التغير التي قد تكون غير ملائمة أو مفيدة بالنسبة له. وبهدف تقليل هذه المخاطر، يتمتع الأطراف بحرية كبيرة في إدراج ما يشاءون من الشروط في عقدهم مثل شرط " الإبقاء على القيمة رغم تغير قيمة العملة أو أية أسباب أخرى"Clause d'échelle mobile" أو الشروط التي تنص على الفسخ التلقائي للعقد في حالة ما إذا أصبح ضاراً بأحد الأطراف " [3].

١٠٠- وقد نتج عن إعمال مبدأ حرية الأطراف في تنظيم شروط القوة القاهرة أن أصبح لها مفهومان في عقود التجارة الدولية : الأول، هو المفهوم التقليدي الذي عُرِفت

---

(١) انظر في هذا المعنى.،Ibid

(٢) انظر المجموعة الأولى من قرارات تحكيم غرفة التجارة الدولية، ص 365.

(٣) قرار تحكيم غرفة التجارة الدولية، وارد في، JDI. 1977, p. 943.

به النظرية منذ التطبيقات الأولى لها في القانون الروماني والذي تعرفها به القوانين الوطنية على النحو المبين في الباب الأول من الرسالة. وإلى جانب هذا المفهوم ظهر مفهوم ثانٍ للقوة القاهرة أكثر مرونة، سواء من حيث شروط التطبيق أو من حيث النتائج المترتبة عليها [١].

ويحقق هذا المفهوم الأخير بعض الذاتية لفكرة القوة القاهرة في العلاقات الدولية نظراً لخصوصية الأحداث في هذه العلاقات بالمقارنة بمثيلاتها في العقود الداخلية. ولهذا نجد أن غالبية العقود النموذجية والشروط العامة للبيع الدولي تتبنى هذا المفهوم الموسع [٢].

ولا تقتصر حرية الأطراف في تنظيم شروط القوة القاهرة على تنظيم الفكرة، سواء من حيث شروط تطبيقها أو آثارها أو تبني المفهوم الضيق أو الموسع لها فقط، وإنما يمتد أيضاً إلى إخضاع الشرط لقانون معين سواء أكان هذا القانون هو المطبق على كل شروط العقد أو قانون يختلف عن هذا الأخير، وقد يكون هذا القانون وطنياً أو دولياً [٣].

وفي بعض الحالات يشير الأطراف في عقودهم إلى عادات التجارة الدولية بغرض إخراج هذه العقود وما تحتوي عليه من شروط من نطاق القانون الوطني وإخضاعها لحكم عادات وأعراف التجارة الدولية. وفي هذه الحالة يثور التساؤل حول وجود عادات تجارية دولية فيما يخص القوة القاهرة، أو بمعنى آخر وجود قانون دولي يتعلق بالقوة القاهرة ينطبق بمجرد الإشارة إلى أعراف التجارة الدولية. وتتنوع آراء الفقه في هذا الصدد. فإن كان البعض يرى أنه " يوجد اتفاق كاف في الحلول التي ترد في عقود التجارة الدولية وأيضاً في الأحكام الصادرة عن هيئات التحكيم"، وأن هذه الحلول أصبحت تشكل عادات دولية فيما يتعلق بالقوة القاهرة [٤]، فإن البعض الآخر يرى

---

(١) انظر

KAHN (Ph.), La force majeure et contrats internationaux., op. cit., p. 475.

(٢) راجع في ذلك،

ABDUL MUNIM H. (A.), Op. cit., p. 350

(٣) انظر في هذا المعنى،

LAHETHE (D.), La force majeure dans les contrats internationaux, Cahier juridique de l'électricité et du Gaz, n° 418, janvier 1987, p. 469.

(٤) انظر، =

أن هذه الوجهة من النظر يمكن السماح بها فيما يتعلق بتفسير شروط القوة القاهرة المتجانسة المفصلة ولكنها لا تكون مقبولة لو تعلق الأمر بإعداد شرط كامل للقوة القاهرة يتضمن مفهوماً محدداً ونتائج معينة [1].

وبعيداً عن الخلاف الفقهي حول وجود أو عدم وجود قانون خاص بالتجارة الدولية "Lex mercatoria" فيما يتعلق بشرط القوة القاهرة، فإنه ليس هناك من شك في أن التعديلات التي يدخلها الأطراف على القوة القاهرة، وخاصة في تبني مفهوم موسع لها وعدم إخضاعها لحكم قانون وطني، تعكس حرص الأطراف على إخراج الفكرة من النطاق الضيق للقوانين الوطنية وإدخالها إلى نطاق ومجال أوسع تسود فيه خصوصيات العقود الدولية.

خلاصة الأمر إذن أن الأطراف يتمتعون بحرية كبيرة في تحديد مفهوم القوة القاهرة إعمالاً لمبدأ الحرية التعاقدية. وتتجلى هذه الحرية بصفة خاصة في عقود التجارة الدولية. وعندما ينظم الأطراف شرط القوة القاهرة بالشكل الذي يحقق مصالحهم، فإن ذلك يعكس رغبتهم في تطبيق النظام القانوني الذي تبنوه، واستبعاد النظام القانوني الذي يقضي به القانون واجب التطبيق، سواء الذي أشارت إليه قاعدة التنازع أو الذي اختاره الأطراف صراحة لكي يحكم مجموع العقد.

=KAHN (Ph.), Op. cit., p. 469 ; DELAUME (G.), Transnational contracts, Oceana publications, 1983, p. 8.

(١) انظر في ذلك،

LAHETHE (D.), Op. cit., p. 469.

المطلب الثاني
حدود حرية الأطراف في تنظيم شروط القوة القاهرة

١٠١- الأصل أنه يجوز للأطراف الاتفاق على تعديل قواعد المسئولية العقدية من خلال اتفاقات الإعفاء من المسئولية وذلك في حدود القانون والنظام العام والآداب [١]. وتعرف اتفاقات المسئولية على أنها " اتفاقات يقصد بها تنظيم آثار المسئولية على غير الوجه الذي نظمت عليه في القانون وبقصد تعديل أحكام المسئولية الناشئة عن الإخلال بالعقد أو المتولدة عن إتيان فعل غير مشروع " [٢].

واتفاقات تعديل المسئولية سواء بالتخفيف أو بالإعفاء منها صحيحة في قانوننا المصري تطبيقاً للمادة ٢/٢١٧ مدني، وفي الحدود التي ترسمها هذه المادة التي يجرى نصها على أنه " يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسئولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي إلا ما ينشأ عن غشه أو خطئه الجسيم. ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسئوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه " [٣]. وتطبيقاً لذلك، فإن الاتفاق الذي يعفي المدين من نتائج عدم

---

(١) انظر، د. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، بند ٤٣٨، ص ٩٠٥ ؛ د. محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، مصادر الالتزام ، الجزء الثاني، المصادر غير الإرادية، مرجع سابق، بند ١٢، ص ١٤.

(٢) انظر في هذا التعريف د. عبد الفضيل محمد أحمد، القانون الخاص البحري، مكتبة الجلاء بالمنصورة، بند ٢٨٣ ، ص ٣٠٢؛ وانظر أيضاً، د. محمود جمال الدين زكى، اتفاقات دفع المسئولية، دراسة مقارنة، مجلة القانون والاقتصاد، السنة الثلاثون، العدد الثالث، ١٩٦١ ، ص٥٢١ - ٦٩٣، وبصفة خاصة، بند ١ ، ص ٥٢٢.

(٣) والجدير بالذكر أن الأمر على خلاف ذلك فيما يتعلق بالقانون البحري المصري الجديد القانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٠، واتفاقية بروكسيل لسنة ١٩٢٤ الخاصة بسندات الشحن واتفاقية هامبورج لسنة ١٩٧٨ الخاصة بالنقل البحري الدولى للبائع حيث تقرر هذه التشريعات بطلان شروط الإعفاء أو التخفيف من المسئولية. انظر في ذلك ، المادة ٢٣٦ من التقنين البحري المصري، والمادة ٨/٣ من اتفاقية بروكسيل. وانظر في تفصيل ذلك، د. عبد الفضيل محمد أحمد، مرجع سابق، بنود ٣٠٤، ٣٢٨، ٤١٧.

ونفس الأمر في قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ حيث تنص المادة ٢٤٥ من هذا القانون على بطلان كل شرط يقضي بإعفاء الناقل في عقد نقل الأشياء من المسئولية من هلاك الشيء كلياً أو جزئياً أو تلفه. بيد أن المادة ٢٤٦ من هذا القانون والمتعلقة بعقد نقل الأشياء أيضاً قد أجازت شروط الإعفاء من المسئولية عن التأخير. وتحرم اتفاقات الإعفاء من المسئولية أيضاً المواد ٢٧٩ و٢٨٠ من هذا القانون وإن كانت تجيز المادة الأخيرة هذه الاتفاقات في حدود حالتي الغش والخطأ الجسيم.

أما بالنسبة للقانون المدني الفرنسي فقد جاء خلواً من نص عام ينظم هذه الشروط سواء بصحتها أو ببطلانها.=

التنفيذ الراجع إلى خطأ يسير منه يعتبر صحيحاً، أما الاتفاق الذي يعفيه من نتائج عدم التنفيذ الراجع إلى غشه أو خطئه الجسيم يعتبر باطلاً [1].

وتختلط اتفاقات الإعفاء من المسئولية باتفاقات أخرى تسمى اتفاقات تحديد مضمون العقد. وتهدف هذه الاتفاقات إلى تحديد مضمون الالتزامات التي يلتزم بها كل طرف في العقد؛ أي تحديد نطاق التزام كل من الدائن والمدين سواء بحذف بعض التزامات الناشئة عن العقد أو بالتخفيف منها [2].

وقد ثار التساؤل حول طبيعة شروط القوة القاهرة بمفهومها الجديد وما إذا كانت تعتبر ضمن اتفاقات الإعفاء من المسئولية، ومن ثم تخضع للأحكام التي تخضع لها هذه الاتفاقات، أم أنها تعد ضمن اتفاقات تحديد مضمون العقد، ومن ثم تخضع لأحكامها.

وسوف نوضح على التوالي أهمية التفرقة بين اتفاقات الإعفاء من المسئولية وما تخضع له من قيود خاصة واتفاقات تحديد مضمون العقد، وآراء الفقهاء في تحديد طبيعة شروط القوة القاهرة بمفهومها المرن أو الموسع.

٢٠١- أولاً : أهمية التفرقة بين اتفاقات الإعفاء من المسئولية واتفاقات تحديد مضمون العقد:

تتميز اتفاقات الإعفاء من المسئولية عن اتفاقات تحديد مضمون العقد في موضوعهما، والأثر المترتب على كل منهما، وقواعد الإثبات و التفسير التي تسرى عليهما، وذلك على النحو التالي:

١- التفرقة من حيث الموضوع :

تتجلى التفرقة بين موضوع اتفاقات الإعفاء من المسئولية وموضوع اتفاقات تحديد مضمون العقد بحذف التزام أو بتخفيفه في أن " موضوع اتفاقات المسئولية ليس إعفاء المدين من التزام أو تخفيفه عنه، بل يظل المدين مثقلاً بالالتزام ويجب عليه الوفاء به،

=ولكن في المقابل نظم المشرع الفرنسي هذه الاتفاقات بنصوص خاصة في بعض المجالات، مثل المادة ٩٨ من التقنين التجاري، والمادة ١٠٣ من نفس القانون المعدلة بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٠٥، انظر في تفصيل ذلك، د. محمود جمال الدين زكي، مرجع سابق، بند ٢، ص ٥٢٤. وبند ١٨، ص ٥٥٥.

(١) راجع، د.محمود جمال الدين زكي، مقال سابق، بند ٣٩، ص ٥٩٠.

(٢) راجع في ذلك، د. محمود جمال الدين زكي، مقال سابق، بند ١٦، ص ٥٥١.

كل ما هنالك أن المدين إذا لم ينفذ التزامه لا يكون مسئولاً تجاه الدائن من جراء عدم التنفيذ [١].

فهذه الاتفاقات تخلق نوعاً وسطاً بين قيام الالتزام وبراءة الذمة. فالأصل أن المدين ملتزم بتنفيذ التزامه تنفيذاً عينيناً، فإذا استحال عليه تنفيذ هذا التزام لغير سبب أجنبي، حكم عليه بالتعويض بمقابل؛ أي بالتعويض. بيد أن هذه الاتفاقات لا ترفع المسئولية عن عاتق المدين فيظل مثقلاً بالالتزام، ومع ذلك يسقط حق الدائن في المطالبة بالتعويض عن الإخلال بهذا الالتزام. وبمعنى أوضح، إما أن يكون الشخص ملتزماً فيمكن جبره على الوفاء – عينيناً أو بمقابل – بما التزم به، وإما أن يكون غير ملتزم، فلا يمكن إجباره على شيء، ولكن اتفاقات الإعفاء من المسئولية تبقي على المدين ملتزماً ولكنه غير مسئول أمام الدائن فلا يمكن جبره على شيء [٢].

والأمر على خلاف ذلك فيما يتعلق باتفاقات تحديد مضمون العقد بحذف التزام أو بتخفيفه. فالمدين ، وفقاً لهذه الاتفاقات لا يكون ملتزماً على الإطلاق بالالتزام المحذوف أو فيما جاوز التزام المخفف، ومن ثم لا تنعقد مسئوليته أصلاً أو تقوم مخففة ابتداءً [٣].

٢- التفرقة من حيث الأثر المترتب على كل منهما :

يترتب على اتفاقات تحديد مضمون العقد نتائج تختلف عن النتائج المترتبة على اتفاقات تحديد مضمون العقد.

فالمدين، في حالة اتفاقات تحديد مضمون العقد بحذف التزام، يكون برئ الذمة كلية من هذا الالتزام، ومن ثم لا يكون مسئولاً عن عدم تنفيذه. وبمعنى آخر يتمثل أثر هذه الاتفاقات في إعفاء المدين إعفاءً كلياً من الالتزام نفسه ومن نتائج عدم تنفيذه.

أما اتفاقات الإعفاء من المسئولية فإنها تؤدي إلى إعفاء المدين إعفاءً جزئياً يتمثل في عدم إلزام المدين بدفع تعويض للدائن من جراء عدم التنفيذ إذا رجع إلى خطأ يسير من جانبه. أما في حالة عدم التنفيذ الذي يرجع إلى غش المدين أو خطئه الجسيم، فيظل

---

(١) د. عبد الفضيل محمد أحمد، مرجع سابق، نفس الموضع : و انظر في نفس المعنى، د. محمود جمال الدين زكى، مقال سابق، بند ١٦، ص ٥٥١ وما يليها.

(٢) راجع في ذلك، د. محمود جمال الدين زكى، مقال سابق، بند ١٤، ص ٥٤٧.

(٣) انظر، د. عبد الفضيل محمد أحمد، مرجع سابق، نفس الموضع.

المدين مسئولاً عن نتائج عدم التنفيذ إعمالاً لأحكام المادة ٢/٢١٧ مدني [١].

٣- التفرقة من حيث قواعد التفسير :

تخضع اتفاقات الإعفاء من المسئولية لقواعد تفسير تختلف عن تلك القواعد التي تخضع لها اتفاقات تحديد مضمون العقد. وتتجلى مظاهر هذا الاختلاف في التفسير الضيق لاتفاقات الإعفاء من المسئولية سواء في حالة الغموض أو الإعفاء من المسئولية بسبب إهمال المدين وذلك على التفصيل الآتى:

(أ) : التفسير الضيق في حالة الغموض :

في حالة غموض المصطلحات التي يعبر بها الأطراف عن شروط الإعفاء من المسئولية، فإن المحكمة تتبنى قواعد التفسير التي تحقق أقل فائدة للطرف الذي يتمسك بتطبيق الشرط. ومعنى ذلك أن القضاء يفسر شروط الإعفاء من المسئولية بشكل ضيق بحيث لا يستفيد منه الطرف الذي يرغب في الإعفاء إلا في أضيق الحدود [٢].

والأمر على خلاف ذلك فيما يتعلق باتفاقات تحديد مضمون العقد حيث تخضع للقواعد العامة في تفسير العقود والتي تتمثل، في حالة غموض الشرط، في البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ [٣]. وقضى تطبيقاً

---

(١) راجع في ذلك، د.محمود جمال الدين زكى، مقال سابق، بند ٢، ص ٥٢٣ و بند ١٦، ص ٥٥٤.

(٢) راجع في ذلك،

EWAN Mc KKENDRICK, Force majeure and frustration of contract, L.L.P. (Lloyd's of London Press Ltd), 1991, p. 16 et 17.

وانظر أيضاً، د. محمود جمال الدين زكى، مقال سابق، بند ٤١، ص ٥٩٧، وكذلك أحكام القضاء العديدة التي طبقت هذه القاعدة، نفس الموضع.

(٣) تنص المادة ١٥٠ مدنى على أنه "١- إذا كانت عبارة النص واضحة، فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين. ٢- أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغى أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقاً للعرف الجارى في المعاملات".

ومما تجدر الإشارة إليه أن الفقه قد اختلف في تحديد المقصود بالمدين في عقود المعوضات وفقاً لنص المادة ١/١٥١ مدنى التي يجرى نصها كالتالى " يفسر الشك في مصلحة المدين ". واتجه البعض إلى أنه في عقود المعاوضات يفسر الشك لمصلحة كل من الطرفين أى يخفف القاضى عنهما تخفيفاً متكافئاً بحيث توزع مغانم العقد ومغارمه بالتساوى تقريباً على كل منهما، وذلك لأنه في عقود المعاوضات يكون كل من الطرفين دائناً ومديناً في نفس الوقت. (د. عبد الحى حجازى، المرجع السابق، بند ٤٢٩، ص ٥٥٩). أما البعض الآخر فيذهب إلى أن المقصود بالمدين=

لذلك بأنه " لمحكمة الموضوع السلطة التامة في تفسير صيغ العقود والمحررات بما تراه أوفي بمقصود العاقدين منها، بالتعرف على حقيقة مرماهم دون الاعتداد بما أطلقوه عليها من أوصاف وما ضمنوها من عبارات متى تبين أن هذه الأوصاف والعبارات تخالف حقيقة التعاقد " (١). وبالتالى فإن الأمر يختلف وفقاً لكل حالة على حده، ولا ينطبق عليها قاعدة التفسير الضيق في مواجهة الطرف الذي يتمسك بها (٢).

(ب) : التفسير الضيق في حالة الإعفاء من المسئولية بسبب إهمال المدين:

الأصل أنه لوصف الحدث بالقوة القاهرة يجب أن يتوافر فيه شرط استقلال الحدث عن إرادة المدين، هذا بالإضافة إلى شرطي عدم التوقع واستحالة الدفع. ويقصد باستقلال الحدث عن إرادة المدين ألا يكون لإرادة المدين أى دخل في وقوع الحدث. ولهذا يقال دائماً إن القوة القاهرة تغطي الأحداث التي لا تدخل تحت سيطرة المدين. ويترتب على ذلك للوهلة الأولى أن هناك تعارضاً بين فكرة القوة القاهرة وبين إهمال المدين، حيث لا تتمشى أحكام القوة القاهرة مع فكرة الإهمال.

ومع ذلك فهناك بعض حالات تنشأ من اتفاق الأطراف تغطى فيها القوة القاهرة بعض الأحداث التي تدخل في سيطرة المدين، كما لو اتفق الأطراف على سبيل المثال على أن يعفي أحدهما من التعويض إذا لم يوف التزامه بسبب الإضراب،...... في مثل هذه الحالات يفسر القضاء اتفاقات الإعفاء المسئولية المتعلقة بهذه الأحداث بشكل ضيق بحيث يحقق أقل استفادة للمدين المهمل وبالتالي لا تتوسع في تفسيرها أو تقيس عليها .

وتوضيح هذه الفكرة نجده في قضية B.S Contracts and Design Ltd. V. Victor Green Publications Ltd. في عام ١٩٨٤. ففي هذه القضية تعاقد المدعي لإقامة أكشاك للعرض للمدعى عليه وأثناء تنفيذ العقد هدد عمال المدعي بعدم

= في عقود المعاوضات في هذا النص هو المدين بالالتزام الذي اكتنفه الشك، ومعنى أن يفسر الشك لمصلحته أن يفهم الالتزام على المعنى الأقل تشدداً بما يحقق مصلحته.(د. محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الجزء الأول ، المصادر الإرادية، بند ٢٩٠، ص ٣٧٩).

(١) نقض مدنى، جلسة، ١٩٨٣/٥/٣١، الطعن رقم ١٣٥٧ لسنة ٤٩ قضائية، مجموعة أحكام المكتب الفنى، السنة ٣٤، ص ١٣٤٦.

(٢) والجدير بالذكر أن المادة ٨/ من اتفاقية فيينا للبيع الدولى للبضائع تنص على أنه " في حكم هذه الاتفاقية تفسر البيانات والتصرفات الصادرة عن أحد الطرفين وفقاً لما قصده هذه الطرف متى كان الطرف الآخر يعلم بهذا القصد أو لا يمكن أن يجهله ".

العمل لوجود نزاع بينهم وبين المدعي على مكافأة تعويض نهاية الخدمة. قام المدعى عليه بتسليم المدعي مبلغ من المال يقدر بنصف المبلغ المتنازع عليه وذلك بهدف حل المشكلة التي ثارت بين المدعي وعماله. قدم المدعي المبلغ إلى العمال واستمر العمل. وعند المحاسبة النهائية طالب المدعي المدعى عليه بدفع كل المبلغ المستحق له دون خصم المبلغ الذي دفعه مسبقاً على اعتبار أن هذا المبلغ لم يكن مقدماً وإنما كان على سبيل العطية للعمال. رد المدعى عليه أنه قدم هذا المبلغ وهو في حالة إكراه وتهديد تتمثل بالنسبة له في إضراب عمال المدعي وعدم استئناف بناء الأكشاك. رد المدعى على ذلك بأن إضراب العمال لا يعد إكراهاً لأنه لم يكن قانونياً حيث لم يكن للعمال الحق في هذا الإضراب، كما أنه لا يمثل تهديداً لأنه – أى المدعي - لم يكن قد خالف بعد التزامه ببناء الأكشاك تجاه المدعى عليه. وتمسك المدعي أيضاً تأييداً لكل ذلك بأنه معفي من التعويض عن عدم التنفيذ إذا رجع إلى حالة الإضراب وذلك استناداً إلى شرط وارد في العقد ينص على أنه "يجب أن يبذل الأطراف كل المجهودات المطلوبة لتنفيذ التزاماتهم .... ويعفي المدين من التعويض إذا لم ينفذ المدين التزامه بسبب الحرب، الإضراب، التهديدات المدنية، ...".

رفضت المحكمة هذا الدفع من جانب المدعي وردت عليه بأنه لا يجوز له أن يهمل في دفع مستحقات العمال ويتركهم يهددون بعدم الاستمرار في العمل مما يهدد مصالح المدعى عليه ثم يتمسك في النهاية بشرط القوة القاهرة لإعفائه من المسئولية (١).

نلاحظ في هذه القضية أنه على الرغم من أن ألفاظ الشرط الخاص بالقوة القاهرة تدل صراحة على أن الإضرابات بصفة عامة تعد من قبيل القوة القاهرة دون الاقتصار على الإضرابات التي تقع بسبب إهمال المدين، إلا أن المحكمة عولت بالدرجة الأولى على سلوك المدين تجاه هذه الإضرابات. وفسرت الشرط بمعنى ضيق بحيث تخرج من مجال تطبيقه الإضرابات التي تقع بسبب إهمال المدين أو التي يكون قد شارك في وقوعها.

---

(١) انظر في تفصيل هذه الوقائع ،
EWAN Mc KKENDRICK, Force majeure and frustration of contract, Op. cit., p. 16 et 17.

٤- التفرقة من حيث قواعد الإثبات :

تخضع اتفاقات الإعفاء من المسئولية لقواعد إثبات تختلف عن تلك القواعد التي تخضع لها اتفاقات تحديد مضمون العقد. فالقاعدة بالنسبة لاتفاقات الإعفاء من المسئولية أن عبء الإثبات يقع على عاتق المدين بالالتزام العقدي. فالفرض أنه في حالة مخالفة لأحكام العقد أن يثبت الدائن أن المدين لم ينفذ التزامه المنصوص عليه في العقد مما يستوجب مسئولية وإلزامه بالتعويض عن عدم التنفيذ. فإذا أراد المدين التخلص من دفع التعويض المستحق عليه، فعليه أن يثبت أنه معفى من المسئولية لوجود شرط إعفاء يتضمنه العقد، وأن المخالفة التي يتمسك بها الدائن تدخل في مجال شرط الإعفاء المنصوص عليه. ولذا يقال أن عبء إثبات وجود اتفاق من اتفاقات المسئولية يقع دائماً على عاتق المدين بالالتزام العقدي [١]. ويتفق ذلك مع حكم المبادئ العامة للإثبات التي قننتها المادة الأولى من قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ ؛ إذ تنص على أنه "على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه".

والأمر على خلاف ذلك فيما يتعلق باتفاقات تحديد مضمون العقد. فهذه الاتفاقات كما أشرنا تعين أو تحدد نطاق الالتزام الواقع على عاتق المدين، ولهذا فإنه في حالة عدم تنفيذ المدين لالتزامه، فعلى الدائن أن يثبت أن مدينه قد خالف التزام حقيقي يقع على عاتقه بمقتضى العقد المبرم بينهما؛ وبمعنى آخر فإن إثبات اتفاقات تحديد مضمون العقد تقع دائماً على عاتق الدائن بالالتزام الذي لم ينفذ لا على المدين [٢].

١٠٣- ثانياً : تحديد طبيعة شروط القوة القاهرة بمفهومها الموسع :

اختلف الفقهاء في تحديد طبيعة شرط القوة القاهرة بمفهومها الجديد. فالبعض يدرج هذه الشروط ضمن اتفاقات الإعفاء من المسئولية، ولذا تخضع للقيود السابقة التي تخضع لها اتفاقات الإعفاء من المسئولية، سواء فيما يتعلق بقواعد الإثبات أو التفسير [٣].

أما البعض الآخر من الفقه فيرى أن شروط القوة القاهرة التي يدرجها الأطراف

---

(١) راجع في نفس المعنى، د. محمود جمال الدين زكي، مقال سابق، بند ٤٠، ص ٥٩٣-٥٩٥.

(٢) في نفس المعنى، مرجع سابق، بند ٤٠، ص ٥٩٦.

(٣) انظر في تفصيل ذلك، =

في عقودهم تعدل مضمون العقد؛ لأنها تسمح، وفقاً لمفهومها الحديث، بالحفاظ على العقد عن طريق تعديل التزامات أحد الأطراف أو الطرفين معاً، حسبما تسفر عنه إعادة التفاوض في العقد. فقد يتوصل الأطراف إلى اتفاق إضافة أو حذف التزام أحدهما، أو تخفيفه، أو بوقف تنفيذه فترة من الوقت هى فترة وجود العائق. وبالتالي فهى تبتعد عن اتفاقات الإعفاء من المسئولية، ومن ثم لا تخضع للقيود التي تخضع لها هذه الأخيرة (١).

ويميل الرأى الثالث في الفقه إلى القول بأن شروط القوة القاهرة لها طبيعة مختلطة(٢).

والمتأمل لواقع شروط القوة القاهرة التي يدرجها الأطراف يجد أن دور القوة القاهرة في مفهومها الحديث يختلف عن دورها في مفهومها القديم. فبدلاً من إبراء المدين من المسئولية وفسخ العقد تلقائياً، أصبحت تؤدي إلى وقف العقد و إعادة التفاوض في شأنه بهدف تعديل أحكامه وذلك بغية الإبقاء عليه (٣). ولذا فنحن نميل إلى القول بأن شروط القوة القاهرة في مفهومها الحديث تنتمي إلى اتفاقات تحديد مضمون العقد؛ لأنها تعدل مضمون العقد سواء بالحذف أو بالإضافة أو بالتخفيف.

=DURAND (P.), Des conventions d' irresponsabilité, th., paris, 1931 ; STARCK (B.), Observations sur le régime juridique des clauses de non - responsabilité, D., 1974, chro., p. 157.

(١) انظر في هذا الرأى.

VINEY (G.), (sous direction de J. GHESTIN) Traité de droit civil, Les obligations, La responsabilité, Effets, LGDJ, 1988, p. 249 ; ANTONMATTEI (P. - H.), Op. cit., p. 128 et p. 131.

(٢) انظر.

DELEBEAQUE (P.), Contrats distruction, j. - Cl., 1991, fasc. 110 , 11, n° 34.

(٣) وقف العقد وإعادة التفاوض في شأنه بسبب القوة القاهرة بمفهومها الحديث ستكون محل تفصيل منا في الباب الأول من القسم الثاني من الرسالة.

المبحث الثاني
الطبيعة الخاصة بعقود التجارة الدولية

١٠٤- أكسبت الطبيعة الدولية للعقود التجارية هذه العقود خصوصية في المعاملات جعلتها تنفرد بحلول خلقها الواقع العملي تتميز عن تلك الحلول المطبقة في العقود الداخلية. وترجع خصوصية هذه العقود التي أثرت في مفهوم القوة القاهرة كسبب لانتفاء المسئولية إلى عاملين: الأول هو الأهمية الاقتصادية التي تمثلها هذه العقود، والثاني هو الخصائص التي يتميز بها أطراف هذه العقود.

و ترتيباً على ذلك، سوف تنقسم دراستنا في هذا المبحث إلى مطلبين : نعالج في الأول ، اتساع مفهوم القوة القاهرة بسبب الأهمية التي تمثلها هذه العقود، ونبين في الثاني، اتساع مفهوم القوة القاهرة بسبب الطبيعة الخاصة لأطراف العقد.

المطلب الأول
اتساع مفهوم القوة القاهرة بسبب الأهمية الاقتصادية لعقود التجارة الدولية

١٠٥- تمثل عقود التجارة الدولية أهمية اقتصادية كبيرة، ليس فقط بالنسبة لأطراف العقد، ولكن أيضاً بالنسبة إلى الدول التابع لها هؤلاء الأطراف. فالمشتري أو المستورد هو عادة مشروع أو شركة أو هيئة عامة تابعة لدولة من دول العالم الثالث [١]، ولجوؤه إلى مثل هذا العقد يهدف إما إلى تلبية رغبته في الحصول على المنتجات أو المواد المستوردة ليحقق منها أرباحاً معينة، أو إلى إشباع حاجات اجتماعية أو اقتصادية. و في الواقع يمتد أثر العقد إلى أبعد من ذلك بالنسبة له؛ إذ يشكل جزءاً هاماً من خطة دولته الاقتصادية. فالعقد يرتبط بالاقتصاد الوطني ككل [٢]. ولهذا يرى البعض أن العقد الدولي هو عقد اجتماعي "contrat social" نظراً لتأثير هذا العقد على الجانب الاجتماعي للدول التابع لها أطرافه [٣].

أما بالنسبة للطرف الآخر فهو إما مشروع تابع لدولة متقدمة أو مشروع أجنبي متعدد الجنسيات. فإن كان هذا الطرف مشروعاً تابعاً لدولة متقدمة، فإن استكمال تنفيذ العقد بالنسبة له يمثل أهمية كبيرة حيث يضره كثيراً أن يظهر بمظهر المتعاقد سيئ النية[٤]؛ لأن ذلك يفقده قدرته على المنافسة مع المشروعات الأخرى. كما أن عدم تنفيذ العقد يسيء بالتأكيد لسمعته التجارية. وهو إن كان مشروعاً متعدد الجنسيات، فإن العقد لم يعد يرتبط فقط بالاستراتيجية الخاصة بهذا المشروع؛ وإنما يرتبط باستراتيجية العامة لكل المشروعات التي تعمل في هذا المجال؛ إذ لم يعد من المستطاع - في ظل ما

---

(١) قريب من هذا المعنى، د. ناجي عبد المؤمن، مرجع سابق، ص ٣١.

(٢) انظر. د. ثروت حبيب، مرجع سابق، بند ١٩٤، ص ٤٠٧، وانظر أيضاً،
VIROLE (J.), Incidence des mesures d'embargo., op. cit., p. 312.

(٣) انظر في هذا المصطلح،
SALEM(M.) et SANSON - HERMITIE (H. A.), Les contrats " clé en main " et " les contrats produit en main ", Teechnologie et vente de développement, Libraries techniques, Paris, .1979, p. 101

(٤) قريب من هذا المعنى، د. ثروت حبيب، مرجع سابق، نفس الموضع.

يسمى "عالمية الإنتاج" - فصل الاستراتيجية الخاصة لهذا المشروع عن الاستراتيجية العامة للمشروعات متعددة الجنسيات العاملة في نفس القطاع الإنتاجي [1]، الأمر الذي يبرز أهمية تنفيذ العقد بالنسبة له.

أضف إلى ذلك أن أهمية عقود التجارة الدولية قد تتعدى، في كثير من الحالات، مصالح الأطراف واقتصاد الدولة التابع لها هؤلاء الأطراف، إلى اقتصاديات الدول الواقعة في المنطقة الجغرافية المجاورة [2]. فعقود إنشاء المصانع الجاهزة وإنشاء الطرق الدولية أو مشروعات البترول والطاقة العملاقة تأخذها كثير من الدول في اعتبارها عند إعداد خططها الاقتصادية، ومن ثم تتأثر اقتصاديات هذه الدول كثيراً بتنفيذ أو بعدم تنفيذ هذه العقود [3].

هذه الأهمية الكبيرة التي تحتلها عقود التجارة الدولية أعطت أولوية كبيرة للتمسك بالأصل الذي يقضي بوجوب التنفيذ العيني لهذه العقود، وإنقاذ العقد وتجنب فسخه في حالات كثيرة. والرغبة في إنقاذ العقد والحفاظ عليه دعت المتعاقدين إلى تبني مفهوم موسع لفكرة القوة القاهرة. فلم يعد الأطراف يودون إنهاء علاقاتهم التعاقدية بسبب القوة القاهرة، خلافاً للقواعد المستقرة في معظم النظم القانونية الوطنية، وإنما يحاولون إعادة النظر في العقد بطريقة تسمح له بمواجهة المعطيات القانونية والاقتصادية الجديدة [4].

وقد ترجم واقع عقود التجارة الدولية هذا المفهوم الموسع بأن جعل للقوة القاهرة أثراً واقفاً لا قاضياً للالتزام. فغالبية الشروط التي يدرجها الأطراف في عقودهم تنص على وقف تنفيذ التزامات الأطراف فترة من الزمن، وهى فترة قيام عائق التنفيذ، يعود بعدها العقد إلى السريان العادي. وقد ظهر المفهوم الموسع أيضاً في اتفاق الأطراف على إعادة التفاوض في العقد بمجرد حدوث القوة القاهرة أو بمرور فترة الوقف بحيث أصبح

---

(١) د. ناجى عبد المؤمن، مرجع سابق، ص. ٣٣.

(٢) انظر،

KHAN (Ph.), Op. cit., p. 480.

(٣) انظر في هذا المعنى، Ibid.

(٤) انظر د. عصام الدين القصبي، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية، ١٩٩٣، بند ٥٥، ص ١٣٢.

لشرط القوة القاهرة نفس الأثر الذي يحدثه شرط " إعادة التفاوض " Hardship[1].

---

(١) وقف عقد التجارة الدولية وإعادة التفاوض في العقد كنتائج لتطبيق شرطي القوة القاهرة و" إعادة التفاوض Hardship " سيكونا محل معالجة في الباب الأول، القسم الثاني من هذه الرسالة.

المطلب الثاني
اتساع مفهوم القوة القاهرة بسبب الطبيعة الخاصة لأطراف العقد

106- تتميز العقود الاقتصادية ذات الطابع الدولي بتدخل الدولة في هذه العقود سواء بشكل مباشر أو غير مباشر. ويظهر تدخل الدولة المباشر عندما تدخل بنفسها أو أحد أشخاصها القانونية العامة كطرف في العقد، خاصة إذا تعلق العقد بمرافق حيوية لا يمكن للدولة تركها لشركات القطاع الخاص ، أو إذا كان موضوع العقد يتمتع بسرية كبيرة، كالصناعات الحربية [1].

---

(١) اختلف الفقه في تحديد الطبيعة القانونية للعقود التي تبرمها الدولة أو أحد الأشخاص القانونية العامة التابعة لها مع الأشخاص الطبيعية أو المعنوية الخاصة التابعة لدولة أخرى والتي يطلق عليها " عقود الدولة ". فالبعض يرى أن هذه العقود تعد عقوداً إدارية قولاً واحداً ومن ثم تخضع لأحكام القانون الإداري إذا لم يتفق الأطراف على تطبيق قواعد أخرى، ويكون الاختصاص بنظر المنازعات التي تتولد عن هذه العقود للمحاكم الإدارية. ويستند أنصار هذا الرأى في إسناد الطبيعة الإدارية لهذه العقود إلى ما يلى:

١- هذه العقود وإن كانت تستهدف من حيث الأصل تحقيق الربح للمستثمر الأجنبى، إلا أنها من ناحية الدولة تستهدف في المقام الأول تسيير مرفق عام. ويعطى أنصار هذا الرأى بعض الأمثلة التي تؤيد ارتباط العقد بتسيير مرفق عام، مثل العقود المتعلقة بإنشاء مترو الأنفاق، إنشاء القرى السياحية، إنشاء الفنادق، استصلاح الأراضى الزراعية، إقامة المستشفيات حتى ولو كانت خاصة.

٢- أن أحد طرفي هذه العقود هو الدولة أو أحد أجهزتها القائمة على النشاط الاقتصادي.

٣- أن هذه العقود تتضمن شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص مثل المزايا العينية التي تقررها الدولة للمستثمر الأجنبى، الإعفاء من الضرائب والرسوم الجمركية، منح المستثمر أرضاً ليقيم عليها مشروعه، التسهيلات الإدارية. انظر في ذلك، د. عبد المنعم محفوظ، قضاء المشروعية وفلسفة الانفتاح الاقتصادي في مصر، الطبعة الأولى، عالم الكتب، ١٩٨٤، ص ٤١٢ وما يليها.

ويرى البعض الآخر أن هذه العقود هى عقود خاصة وتخضع لأحكام القانون الخاص وليست عقوداً إدارية. ويستند أنصار هذا الرأى في ذلك إلى أن حاجة الدول لهذه العقود نظراً للأهمية التي تمثلها تجعلها تتعاقد باعتبارها شخصاً خاصاً أى أنها تبتعد في تعاقداتها عن أساليب القانون العام لأن استخدام هذه الأساليب يبث الخوف في نفس المتعاقد الأجنبى الذي قد لا يقدم على التعاقد معها إن استخدمت هذه الأساليب. انظر،

KAHN (Ph.), Problème juridique de l'investissement dans les pays de l'ancienne Afrique Français, JDI, 1965, p. 381 et s.

ونظراً لأن هذه المسألة خارجة عن نطاق بحثنا، فسوف نكتفي هنا بهذا العرض الموجز ونحيل في قراءة مستفيضة لها إلى المراجع المشار إليها في هذا البند وأيضاً: د. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص ٤٦٢ ما يليها ؛ د. صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص ٢٦٢ وما يليها ؛ د. يوسف عبد الهادى خليل الاكيابى، المرجع السابق، ص ٢٩٥ وما يليها.

ويظهر تدخل الدولة غير المباشر عندما يكون طرف العقد أحد المشروعات التابعة لها. ويتمثل هذا التدخل في صورة قوانين تصدرها الدولة لتنظم العقود التي أبرمها هذا المشروع أو صدور قرارات تفرض قيوداً على حرية الاستيراد والتصدير، أو في صورة تطلب موافقات إدارية لتمام تنفيذ العقد، أو للسماح بنقل رؤوس الأموال خارج الدولة، أو في صورة فرض ضرائب تؤدى إلى تغير في أسعار السلع محل العقد.

ويعتبر تدخل السلطة العامة في المجال الاقتصادي، سواء على المستوى الداخلي أو الدولي، أمراً متفقاً عليه في الفقه، بل يرى البعض أن هذا التدخل المتزايد يعلن عن نظام قانونى خاص ينطبق على العقود التي تكون الدولة أو أحد مشروعاتها طرفاً فيها [١]

ويطلق الفقه على عقود التجارة الدولية التي تكون الدولة أو أحد أشخاصها القانونية العامة طرفاً فيها مصطلح "عقود الدولة" [٢].

وتدخل الدولة في المجال الاقتصادي لا يقتصر فقط على دولة دون أخرى. فإذا كانت أغلب حالات التدخل في الدول الآخذة للنمو تتمثل في التأميم الكلى أو الجزئي للمشروعات المتعاقدة، أو إلغاء الامتيازات التي تمنحها لبعض المشروعات الأجنبية أو الوطنية، فإن تدخل الدول المتقدمة في حياة العقد الدولي ليست مستبعدة. فنقابل في قرارات التحكيم أمثلة عديدة لقرارات صادرة من السلطات الوطنية برفض منح رخص تصدير المواد محل العقد إلى الدولة المتعاقدة، أو سحب هذه الرخص بعد منحها، أو سحب التمويل المالي المخصص لتكملة العقد، أو قرارات بمنع التعامل مع الدولة التي ينتمي إليها الطرف المتعاقد لسبب أو لآخر.

كما تتميز هذه العقود أيضاً بأن المشروعات العملاقة متعددة الجنسيات تدخل في أغلب الحالات كطرف في العقد، وهذا يتم بصفة خاصة في العقود ذات الأهمية الكبيرة

---

(١) انظر في ذلك،

LEBOULANGER (Ph.), Op. cit., p. 179.

وانظر عكس ذلك العميد " باتيفول " BATTIFOL، الذي ينكر هذه الفكرة،

BATTIFOL (H.), Données récentes du droit international privé des contrats en U. R. S. S, JDI, 1975, p. 15.

(٢) انظر في ذلك، د. ناجي عبد المؤمن، مرجع سابق، ص ٤١ ؛ د. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص ١١ ؛ د. صلاح الدين جمال الدين، عقود نقل التكنولوجيا، دراسة في إطار القانون الدولي الخاص والقانون التجارى، دار النهضة العربية، ١٩٩٥ – ١٩٩٦، ص ٤.

مثل عقود البحث والتنقيب عن البترول وعقود نقل التكنولوجيا وإنشاء التجهيزات الضخمة.

وقد نتج عن تدخل الدولة أو أحد هذه المشروعات العملاقة كطرف في العقد، ظهور أحداث أو وقائع جديدة أثرت بشكل أو بآخر على تنفيذ هذه العقود، الأمر الذي اقتضى تطوراً في مفهوم القوة القاهرة يواكب هذا التطور الجديد في الأحداث. هذا بالإضافة إلى أن هذا التدخل قد أدى إلى التشكيك في توافر بعض شروط القوة القاهرة كشرط عدم التوقع واستحالة التنفيذ لما تتمتع به هذه الشركات من قدرة مالية وفنية هائلة تمكنها من التوقع وتنفيذ التزاماتها في كل الظروف.

وسوف نوضح في هذا المطلب صور تدخل الدولة في الحياة الاقتصادية، وأثر هذا التدخل في التوسع في مفهوم القوة القاهرة.

١٠٧- أولاً : صور تدخل الدولة في الحياة الاقتصادية :

تخضع كل مجالات الأنشطة التي تُمارس داخل الدولة، للتنظيم القانوني واللائحى من جانب سلطات هذه الدولة. و تتعدد الأشكال التي تتدخل بها الدولة في الحياة الاقتصادية. وما يهمنا في هذا المقام هو التدخل الذي يؤثر بصورة أو بأخرى على تنفيذ عقود التجارة الدولية.

ويقسم الأستاذ " لوروا" LE ROY القرارات الصادرة من السلطة العامة والتي تكون لها صلة مباشرة أو غير مباشرة بتنفيذ عقود التجارة الدولية إلى ثلاثة أنواع :

النوع الأول، ويضم التنظيمات الإدارية التي تقوم بها الدولة في صورة تشريعات أو لوائح إدارية وتؤثر بشكل غير مباشر في تنفيذ العقود الدولية. ومن أشهر هذا النوع القرارات التي تصدر بضرورة الحصول على موافقات إدارية معينة لدخول العقد دور النفاذ [١].

وهذا النوع من القرارات لا يتجه بشكل مباشر إلى العلاقات التجارية الداخلية أو الخارجية، ولكنه يؤثر في هذه العلاقات حيث قد يعوق الحصول على هذه الموافقات تنفيذ

---

(١) انظر،

LE ROY (D.), Op. cit., p. 210 et s.

العقد سواء بجعله مستحيلاً أو مرهقاً [1]. ويشهد واقع عقود التجارة الدولية العديد من العقود التي يشترط فيها الأطراف ضرورة الحصول على الموافقات الإدارية اللازمة من السلطات المختصة لدخول العقد حيز النفاذ [2].

ويحقق تطلب هذا النوع من التراخيص الإدارية أكثر من هدف سواء بالنسبة للمشروع الأجنبي أو الدول الآخذة في النمو. فبالنسبة للمشروع الأجنبي قد يكون الهدف منها تحقيق اعتبارات ذات طبيعة ضريبية أو حماية أنواع معينة من التكنولوجيا، كالتكنولوجيا العسكرية. وقد تتمثل هذه الأهداف بالنسبة للدولة الآخذة في النمو في التأكد من ملاءمة موضوع العقد وأهدافه مع خططها العامة، أو للتأكد من توافر النقد المطلوب لتنفيذ العقد [3].

أما النوع الثاني من القرارات، فهو القرارات الإدارية العامة التي يكون لها طابع اقتصادي مثل عمليات التخطيط Planification أو التأميم Nationalisation. وتؤثر هذه القرارات بشكل مباشر على تنفيذ العقود. ويرجع تأثيرها إلى أن الدولة قد تشارك المشروع المتعاقد، أو تتدخل بتحديد الإنتاج في حالات معينة تحقيقاً لسياسة معينة تتبعها. وقد تتدخل الدولة أيضاً بنقل ملكية المشروع من الملكية الخاصة إلى الملكية العامة لتمارس رقابتها عليه. وكل هذه التدخلات من جانب السلطة العامة تؤثر بشكل مباشر على تنفيذ العقود [4].

والنوع الثالث من هذه القرارات هى المتعلقة مباشرة بالتجارة الدولية. وتتمثل هذه القرارات في حظر استيراد أو تصدير المواد الأولية أو المصنعة، وفي القرارات المتعلقة

---

(١) انظر، Ibid

(٢) انظر في أمثلة هذه العقود، د. ناجى عبد المؤمن، مرجع سابق، ص ٤٢ ما يليها؛ وانظر أيضاً،
LEBOULANGER (Ph.), Op. cit., p. 219.

وانظر في أهمية تطلب هذه الموافقات للعقود الدولية،
VIROLE (J.),Incidence des mesures d'embargo sur les contrats internationaux, Dr. prat. com. int., 1981, p. 312 ; ALTEWR (M.), Vente internationale, J- cl., contrats Distribution, 11, 1993, fasc.310.

(٣) انظر، د. ناجى عبد المؤمن، مرجع سابق، ص ٤٣.

(٤) انظر،
LE ROY (D.), Op. cit., p. 236 et s.

بالرقابة على النقد والتي تضع قيوداً على حركة رؤوس الأموال داخل وخارج الدولة [1].

والأسباب التي تدعو الدولة لاتخاذ هذه القرارات متعددة. فقد تتخذها الدولة تحقيقاً لسياسة الدولة الاقتصادية في إقامة التوازن في ميزان مدفوعاتها، أو لحماية المنتجات الوطنية وتشجيع الإنتاج الوطني، أو لمجرد اعتبارات صحية أو أمنية، أو تتخذها أخيراً تحقيقاً لأهداف سياسية بحتة [2].

١٠٨- ثانياً : أثر تدخل الدولة في اتساع مفهوم القوة القاهرة :

أثار تدخل الدولة في حياة العقد الدولى على هذا النحو السابق مشكلات خاصة وخلف نوعاً معيناً من الصعوبات عجز المفهوم التقليدى للقوة القاهرة عن أن يجد لها حلاً. لذا تبنى الأطراف مفهوماً آخر لهذه الفكرة: مفهوماً يلاحق هذا التطور في المشكلات.

فمن المسموح به – في مجال العقود الداخلية – أن تدخل السلطة العامة أو عمل الأمير، يعد في حالات معينة قوة قاهرة ترتب عدم مسئولية المدين. ويشترط الفقه والقضاء لذلك ضرورة أن يتوافر في تدخل السلطة العامة نفس شروط القوة القاهرة وهى عدم التوقع واستحالة الدفع واستقلال هذا التدخل عن إرادة الطرف المتعاقد [3].

ونظراً لصعوبة توافر هذه الشروط بالشكل المتشدد الذي يتطلبه القضاء، يتفق الأطراف في أغلب عقودهم على اعتبار أى قرارات تصدر من السلطة العامة قوة قاهرة تنتفي معها مسئولية الطرف الوطني تجاه المشروع الأجنبي، بغض النظر عن مدى توافر الشروط التقليدية للقوة التقليدية[4].

فعندما يكون تنفيذ العقد متطلباً موافقة أو إذناً إدارياً من سلطات الدولة، فإن احتمال رفض هذه الموافقة قائم، وفي هذه الحالة سيكون هناك احتمال لغياب عنصر عدم التوقع، وبالتالى لن تتوافر حالة القوة القاهرة. هذه الخصيصة المتوقعة لرفض الرخص جعلت المشروعات والهيئات التابعة للدول تدرج حالات عدم صدور رخص الموافقات والأذون

(1)Op. cit., p. 253 et s.

(2)Ibid.

(٣) انظر في تفصيل ذلك، لاحقاً، بند ١٥٨.

(٤) انظر [1]

LEBOULANGER (Ph.), Op. cit., p. 219 ; ABDUL MINIM H. (A.), Op. cit., p. 352 et 353 ; VAN OMMESLAGHE (P.), Op. cit., p. 33.

الإدارية ضمن حالة القوة القاهرة التي تبرأ هذه المشروعات من التزاماتها [1].

وإذا نظرنا إلى شرط استحالة التنفيذ التي يجب توافرها في عمل الأمير نلاحظ أيضاً أنه قد طرأ عليه مرونة كبيرة حيث يكتفي الأطراف بالاتفاق على أن يكون الحدث لا يمكن التغلب عليه باستخدام وسائل معقولة بتكاليف معقولة [2]. ويرجع هذا التوسع إلى أن الاستحالة المطلقة في التنفيذ لا يمكن تصورها في ظل الميزانية الكبيرة والقدرات الهائلة التي تمتلكها الدول.

هذا بالإضافة إلى المشكلة التي تثيرها مسألة نقل الدولة للاختصاص من مشروع إلى مشروع آخر، بحيث لا يتمكن المشروع الأول صاحب الاختصاص الأصلي من تكملة تنفيذ التزاماته. فهل يجعل نقل الاختصاص المشروع الأول في حالة استحالة مطلقة تبرئه من المسئولية ؟ وإذا كان ذلك ممكناً بالنسبة للمشروع ، فما هو الحال بالنسبة للدولة التي نقلت سلطات هذا المشروع إلى مشروع آخر؟ هذه المسألة التي تثير صعوبة كبيرة في مجال القانون الداخلي قد وجدت حلاً باتفاق الأطراف على اعتبار أو عدم اعتبار التدخل الصادر من الدولة حالة قوة قاهرة تنتفي معها مسئولية الطرف الوطني [3].

والتدخل المتزايد للدولة في الأنشطة الاقتصادية نشأ عنه مشكلة قانونية أخرى تتعلق بشرط استقلال الحدث عن إرادة المدين، وهى مشكلة استقلال الشخصية القانونية للمشروع أو الهيئة التابعة للدولة عن الشخصية القانونية للدولة التابع لها هذا المشروع. وتظهر هذه المشكلة عندما تتخذ الدولة قرارات تحول دون تنفيذ هذا المشروع التزاماته التي تعهد بها أمام مشروع أجنبى. ويثور التساؤل حينئذ عن مدى استقلال هذا المشروع عن الدولة التابع لها وبالتالي مدى استفادة هذا المشروع من أحكام القوة القاهرة وإبرائه من المسئولية. وتدق المشكلة أكثر عندما تكون الدولة ذاتها طرفاً في العقد، وتحدث اضطرابات سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية تعوق تنفيذ العقد. وتتأتى صعوبة

---

(١) انظر،

LE ROY (D.), Op. cit., p. 213 ; LEBOULANGER (Ph.), Op. cit., p. 219.

(٢) انظر،

KAHN (Ph.), Op. cit., p. 476.

(٣) انظر في هذه الفكرة،

FONTAINE (M.), Op. cit., p. 243.

هذه الحالة من أن الدولة تشكل جزءاً من هذه الظروف أو على الأقل كان لها دور كبير في أحداثها، فهل يتوافر في هذه التصرفات شرط استقلال الحدث عن إرادة المدين وبالتالي تستطيع الدولة التملص من التزاماتها؟ [١].

في ظل المفهوم التقليدى للقوة القاهرة، من الصعب السماح للدولة بالتمسك بحالة القوة القاهرة. فما دامت تساهم بشكل كبير في أحداث هذه الظروف التي أثرت على تنفيذ العقد، فلا يمكن القول بأن هذه التصرفات خارجة عنها أو مستقلة عن إرادتها. ولا يمكن القول أيضاً بأنه يتوافر في قراراتها شرط عدم التوقع.

وتفادياً لهذا القصور نجد أن الأطراف عادة ما يأخذون على عاتقهم عبء مواجهة هذه المشكلات بالنص الصريح في العقد على مسئولية الدولة أو مسئولية المشروع التابع لها عن عدم التنفيذ الراجع إلى هذه التصرفات [٢]. وما ينطبق على هذه التصرفات ينطبق أيضاً على الإضراب حيث أصبح الأطراف يتفقون على اعتبار كل حالاته قوة قاهرة دون اشتراط أن تتوافر فيه الخصائص اللازمة لذلك [٣]. وهذا يفترض بالضرورة توسعاً في مفهوم القوة القاهرة ومرونة كبيرة في مفهوم الشروط المكونة لها .فاتفاق الأطراف على أن الإضراب يعد قوة قاهرة في جميع الحالات يعنى إسباغ وصف القوة القاهرة على أحداث لا تتوافر فيها شروط هذه النظرية.

صفوة القول أن العمل يجرى حالياً بالنسبة لعقود التجارة الدولية على التوسع مفهوم القوة القاهرة ومنح مرونة كبيرة في شروط تطبيقها ، بحيث أصبح هذا التوسع مصدراً لكثير من الحلول للمشكلات التي نجمت عن تدخل الدولة في النشاط الاقتصادي [٤].

---

(١) قريب من هذا المعنى،

KAHN (Ph.), Op. cit., p. 475.

(٢) هذه المسألة ستكون محل دراسة منا في الفصل الثاني من هذا الباب، بصفة خاصة ، بند ١٥٨.

(٣) انظر،

.KAHN (Ph.), Op. cit., p. 471

وهذه المسالة ستكون محل تفصيل في الفصل الثاني من هذا الباب، خاصة بند رقم ١٥٥.

(٤) انظر في ذلك،

KAHN (Ph.), Op. cit., p. 474 ; TUNC (A.), Rapport in Colloque d'Helsinki, Op. cit., p. 183.

الفرع الثاني
صور التوسع في مفهوم القوة القاهرة

١٠٩- يُظهر واقع عقود التجارة الدولية أن الأطراف لا يتبعون نهجاً واحداً في تحديد مفهوم القوة القاهرة . و بصفة عامه يمكن أن نقابل في الواقع العملي لهذه العقود ثلاث صور : إما أن يُعطي الشرط مفهوماً عاماً أو مجرداً للقوة القاهرة ، أو أن يحتوي على تعداد للحالات التي تشكل قوة قاهرة. وقد يكون هذا التعداد على سبيل المثال أو الحصر. وأخيرا قد يتضمن الشرط تعريفا مجردا ثم يتبعه الأطراف بتعداد لأحداث معينه [1].

والأصل أن هذه التعريفات تعكس المفهوم التقليدي لفكرة القوة القاهرة حيث تتشدد كثيراً في تعريفها وفي الشروط المتطلبة لها. ومع ذلك نلاحظ من خلال الشروط التعاقدية حرص الأطراف على التوسع في مفهوم القوة القاهرة، إما بتجاهل أحد هذه الشروط أو استبعاده صراحة أو بالتخفيف من مفهومه.

١١٠- وسوف نقسم هذا الفرع إلى مبحثين، نخصص الأول لدراسة التوسع في مفهوم الفكرة في حالة التعريف المجرد لها، ونكرس الثاني لدراسة التوسع في حالة التعريف بذكر أمثلة أو التعريف المختلط.

---

(١) انظر في ذلك،
BUBISSON (M.), article, in " Les problèmes des long terms", op. cit., p. 148 ; KAHN (Ph.), Op. cit., p. 470 ; FONTAINE (M.), Op. cit., p. 214 ; LAMETHE (D.), Op. cit., p. 470 et s.

المبحث الأول
التوسع في مفهوم القوة القاهرة في حاله التعريف المجرد

١١١- يساهم التعريف المجرد للقوة القاهرة بشكل كبير في اتساع مفهوم القوة القاهرة. ولتوضيح كيف يتم التوسع في مفهوم القوة القاهرة في ظل هذا المفهوم سنتحدث عن هذا التعريف للقوة القاهرة في مطلب أول، ثم نبين بعد ذلك طرق التوسع في مفهوم هذه الفكرة عن طريق هذا التعريف وذلك في مطلب ثان.

المطلب الأول
التعريف المجرد للقوة القاهرة

١١٢- يحتوى هذا المبحث على مطلبين، يعالج الأول المقصود بالتعريف المجرد للقوة القاهرة، ويعالج الثاني تقييم هذا التعريف من حيث مزاياه وعيوبه:

١١٣- أولاً : المقصود بالتعريف المجرد للقوة القاهرة :

يطلق على هذه الطريقة في التعريف أيضا طريقة النص العام، ويقصد بها أن ينص الأطراف في عقدهم على عدة خصائص عامة للحدث المكون للقوة القاهرة، بحيث ينطبق وصف القوة القاهرة على كل حدث تتوافر فيه هذه الخصائص المنصوص عليها في العقد.

و يرى بعض الفقه أن هذه الطريقة في التعريف هى أبسط الطرق في تعريف القوة القاهرة، كما أنها تستمد من القانون الأوربي continental، حيث يستوحى هذا التعريف من النظم القانونية التي تنتمي إليها الدول ذات النفوذ والتأثير الكبير في التجارة الدولية وبصفة خاصة الدول الأوربية[1]. ويشير حدث القوة القاهرة في هذا النوع من التعريف إلى الظروف الطبيعية والتغيرات السياسية والاجتماعية، وإن كانت تختلف من عقد لآخر.

(١) انظر في هذا المعنى،

KAHN (Ph.), Op. cit., p. 470.

و تشير الشروط التي تتبنى هذا المفهوم إلى ضرورة توافر بعض الخصائص الأساسية في الحدث المشكل للقوة القاهرة. و تتمثل هذه الخصائص بصفة عامه في أن يشكل الحدث عقبه في تنفيذ الالتزامات العقدية تصل إلى حد الاستحالة، و أن يكون الحدث مستقلاً عن إرادة المدين وغير متوقع وقت إبرام العقد و ألا يكون من الممكن مقاومته أو التغلب عليه [١].

والأمثلة على هذا النوع من الشروط عديدة منها الشرط الذي ينص على أن "تعتبر قوة قاهرة تنتفي معها المسئولية، كل الظروف المستقلة عن إرادة الأطراف و التي لا يستطيع متعاقد عادي أن يتجنبها أو يتجنب نتائجها عندما تقع بعد إبرام العقد و وتجعله مستحيلاً في تنفيذه سواء بصفة كلية أو جزئية"[٢] ، و كذلك الشرط الذي ينص على أن "القوة القاهرة هى الأحداث غير المتوقعة التي تحدث بعد إبرام العقد والمستقلة عن إرادة المتعاقدين و التي تجعل التنفيذ المستقبلي مستحيلاً "[٣]، و أيضا الشرط الذي اتفق فيه الأطراف على أن المقصود بالقوة القاهرة هو "كل الأحداث المستقلة عن إرادة الأطراف و غير المتوقعة و غير المتجنب وقوعها، وتحدث أثناء تنفيذ العقد وتعوق التنفيذ الكلي أو الجزئي للالتزامات الناتجة من هذا العقد" [٤]. و أخيرا من أمثله هذا النوع من الشروط ذلك الشرط الذي يصف القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ بأنها "كل واقعة مستقلة عن خطأ أو فعل الأطراف تجعل بطريقة غير متوقعة تنفيذ الالتزامات العقدية مستحيلا مع استبعاد الوقائع التي تجعل هذا التنفيذ أكثر صعوبة " [٥].

ويصف بعض الفقه المفهوم المجرد للقوة القاهرة بأنه "المفهوم الضيق conception

---

(١) انظر،

BUBISSON (M.), Op. cit., p. 208.

(٢) شرط مشار إليه في،

VAN UYTVANCK (J.), Op. cit., p. 239.

(٣) شرط مشار إليه في،

FONTAINE (M.), Op. cit. p. 212.

(٤) شرط مشار إليه في،

BARBIERI (J. - J.), Op. cit., p. 452.

(٥) شرط مشار إليه في،=

stricte أو المفهوم الأكثر تشدداً conception la plus rigoureuse " [1] حيث تتبنى غالبية الشروط هذا النوع المشدد في تحديد الخصائص اللازمة في الحادث المشكل للقوة القاهرة.

١١٤ - ثانياً : تقييم التعريف المجرد للقوة القاهرة :

في القوانين الوطنية و العقود الدولية التي يتبنى فيها الأطراف التعريف المجرد للقوة القاهرة، يجب أن يحلل القضاء الوطني أو قضاء التحكيم بدقة الحدث وظروف وقوعه لتحديد ما إذا كانت هذه الخصائص التي يتطلبها القانون أو الأطراف في الحدث متوافرة أم لا. وهذا التحليل يكون دقيقاً في غالبية الأحيان و يثير كثيراً من المشكلات خاصة في بعض أنواع من العقود [2].

وتدق المشكلة التي يثيرها هذا النوع من التعريفات في حالة إنكار أحد الأطراف توافر أحد الشروط المتفق عليها في الحدث. فشرط استقلال الحدث عن إرادة المدين و شرط عدم التوقع والنتيجة المتمثلة في استحالة التنفيذ قد يتم تقديرها بأكثر من معيار وبطرق شتى. ويختلف معيار هذا التقدير من متعاقد لآخر، ولذا من المتخيل أن ينشب الخلاف بين الأطراف حول توافر هذه الشروط مجتمعة. ويقع على القاضي أو المحكم مهمة فض نزاع الأطراف حول هذه النقطة [3].

وعلى الرغم من المشكلات التي يثيرها هذا التعريف، فإنه لا يخلو من المميزات، بل ينتصر بعض الفقه للأخذ به في تحديد حالات القوة القاهرة [4]. ويتسم هذا العريف بالعمومية والتجريد حيث يقدم معياراً محدداً للقول بتوافر القوة القاهرة أو عدم توافرها ينطبق على كافة الحالات. فمهما كان حرص الإنسان وقدرته على التوقع ، ومهما كانت

= KAHN (Ph.), Op. cit., p. 470.

(١) انظر في هذا المصطلح،

VAN OMMESLAGHE (P.), Op. cit. , p. 47.

(٢) انظر في هذا المعنى،

BUBISSON (M.), Op. cit., p. 218.

(3)Ibid.

(٤) انظر على سبيل المثال.

TUNC (A.), Article, in " Les problèmes du long term ", Op. cit., p. 152.

حداثة الوسائل التي تمكنه من هذا التوقع، فإنه لا يمكنه أن يتوقع كل الأحداث التي قد تحدث أثناء تنفيذ العقد والتي تؤثر في تنفيذه. والتقيد بأحداث معينة يتم تحديدها وقت إبرام العقد قد يؤدي إلى إخراج العديد من الأحداث من نطاق القوة القاهرة على الرغم من توافر الشروط العامة لهذه النظرية. ولذا يفضل بعض الفقه أن ينص الأطراف على شروط عامة يتصف الحدث بالقوة القاهرة بمجرد توافرها [1].

(1)LESGUILLONS (H.), Frustration, force majeure, imprévision, op. cit., p. 521.

المطلب الثاني
صور التوسع في المفهوم المجرد للقوة القاهرة

١١٥- يؤدى تطبيق المفهوم المجرد للقوة القاهرة بطبيعته إلى تبني المفهوم المتشدد لها. ويرجع ذلك إلى ميل القضاء الوطني وقضاء التحكيم بصفة عامة إلى تقدير الشروط العامة للقوة القاهرة بشكل متشدد على اعتبار أنها سبب لانتفاء المسئولية. ومع ذلك جرى العمل في عقود التجارة الدولية على أن يضفي الأطراف بعض المرونة على هذه الشروط العامة، مما يؤدى إلى اتساع مفهوم القوة القاهرة. ورغبة الأطراف في التوسع في هذا المفهوم قد تأخذ أكثر من شكل. فقد يستبعدون شرطاً من هذه الشروط ، أو يغفلون ذكره بحيث يمكن القول بأنه ليس من الضروري توافره، من وجهة نظرهم، في حدث القوة القاهرة. وقد تأخذ المرونة أخيراً صورة التخفيف من الشدة في تقدير بعض من هذه الشروط. وسوف نعرض لهذه الأشكال تباعاً.

١١٦- أولاً : استبعاد أحد الشروط المتطلبة :

في عدد قليل من الشروط نجد أن الأطراف قد يقصدون التخفيف من شدة المفهوم التقليدي للقوة القاهرة عن طريق عدم تطلبهم صراحة أحد الشروط التي تتطلبها المبادئ العامة لهذا المفهوم [١]. ومن أمثلة هذه الشروط ذلك الذي اتفق فيه الأطراف على أن "يشكل قوة قاهرة تنتفي معها المسئولية، كل حدث يمكن تجنبه أم لا inévitable ou non ويكون خارج بشكل معقول عن سيطرة الأطراف" [٢].

فقد استبعد الأطراف في هذا الشرط صراحة صفة استحالة التجنب اللازم توافرها في حادث القوة القاهرة.

---

(١) انظر في هذا المعنى،

ALTER (M.), Vente commercial, Obligations de délivrance du vendeur, Juris - classeurs, éd. Techniques, 1993, Fasc, 310, 2, , n° 43, p. 9.

(٢) شرط مشار إليه في،

BOURDELOIS (B.), L'exécution du contrat international in " La pratique des contrats internationaux ", Joly, livre V, p. 24.

١١٧- ثانياً : إغفال ذكر أحد الشروط :

إغفال الأطراف ذكر إحدى صفات القوة القاهرة يتنوع من شرط لآخر. وتعتبر خصيصة عدم التوقع أكثر الخصائص التي قد يهملها الأطراف عند تعريف القوة القاهرة [١]. من ذلك أن يتفق الطرف على أنه " في حالة وقوع أحداث مستقلة عن إرادة الأطراف وتؤدي إلى استحالة كلية أو جزئية في تنفيذ التزامات أحد المتعاقدين الناشئة من هذه الاتفاقية .... " [٢]. ومن أمثلة ذلك أيضاً الشرط الذي ينص على أنه " ويعنى اصطلاح القوة القاهرة أى حدث غير منظور خارج عن إرادة أى من الطرفين، يتعذر معه تنفيذ العقد " [٣].

أما بالنسبة لشرط استحالة الدفع، فمن النادر أن يهمل الأطراف ذكره في العقد [٤]. ومع ذلك نجد بعض الشروط تتخذ الصيغة الآتية ".... وتعني القوة القاهرة كل الظروف التي تقع بعد إبرام العقد و تنتج عن أي حدث له طبيعة استثنائية ولا يكون قد ساهم أحد الأطراف في وقوعه عند إبرام العقد .... " [٥].

وفي بعض العقود قد يهمل الأطراف ذكر الأثر الذي يرتبه وقوع الحدث في تنفيذ العقد، أى استحالة التنفيذ. ومن أمثلة هذه الشروط ما يلى "تعتبر كحالة قوة قاهرة الأحداث التي لها خصية استثنائية وغير متوقعة وقت إبرام

---

(١) انظر في ذلك تعليق الأستاذ " ديران " على قرار التحكيم الصادر في القضية رقم ٣١٠٠/ ٣٠٩٣ لسنة ١٩٧٩حيث يؤكد على أن " تتجه بعض شروط القوة القاهرة إلى هجر شرط عدم التوقع كشرط مستقل من شروط القوة القاهرة حيث يدخل ضمن شرط أن يكون الحدث مستقلاً عن إرادة الأطراف "، المجموعة الأولى من قرارات غرفة التجارة الدولية. ص ٢٧٣.

(٢) شرط مشار إليه في،

BOURDELOIS (B.), Op. cit., p. 24..

(٣)المادة ١٩ من عقد توريد وحدات كاملة لتصنيع بودرة المنظفات الصناعية الذي أبرم في ٨ أكتوبر عام ١٩٨٥ بين الشركة العالمية للكيماويات والمنظفات الصناعية (ش. م. م)، وشركة ميكانيش مودرن (إس .آر . أل)، وارد في ، د. محمود الكيلاني. عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا ، رسالة، القاهرة، ١٩٨٨ . ص ٥٧٧، ما يليها، وخاصة ص ٦٠٤.

(٤) راجع في هذا المعنى،

BOURDELOIS (B.), Op. cit., p. 24..

(٥) شرط مشار إليه في..Ibid

العقد والتي تكون غير متجنبة " [١]. وكذلك الشرط الذي ينص على أن "تعني القوة القاهرة، في مفهوم هذا العقد، أي حدث خارج رقابة الأطراف، يعوق أو يؤخر تنفيذ عقدهم" [٢] . وتؤكد مصطلحات هذا الشرط أنه يكفي، في وجهة نظر الأطراف، أن يؤدي الحدث إلى إعاقة تنفيذ العقد أو إلى مجرد التأخير في هذا التنفيذ دون ضرورة أن يؤدى إلى استحالة مطلقة في التنفيذ.

١١٨- ثالثاً : التخفيف من شدة بعض الشروط :

تعتبر هذه الطريقة هي أكثر الطرق شيوعاً في توسيع مفهوم القوة القاهرة في حالة التعريف المجرد. وإذا كان الاستبعاد الصريح لبعض الشروط أو الإغفال لها يردا على بعض العناصر المكونة للحدث، فإن التخفيف قد يرد على كل هذه العناصر.

من قبيل الشروط التي تخفف الشدة التي يتطلبها القضاء الوطني في خصيصة عدم التوقع، الشرط الذي ينص على أنه "تتمثل القوة القاهرة كل حدث أو ظرف لا يمكن للبائع أن يدفعه أو يتوقعه بشكل معقول ويكون من المستحيل عليه أن يجد له علاجاً بطريقة تجعله يحترم مدد التسليم المتفق عليها" [٣]. ففي هذا الشرط لم يستخدم الأطراف المفهوم المطلق لعدم التوقع، والذي يعنى استحالة التوقع، ولكنهم استخدموا معياراً آخر خاصاً بهم، يكون الحدث غير متوقع بمقتضاه إذا كان من غير المعقول توقعه ولا يلزم أن يكون مستحيلاً في توقعه.

وفي بعض الشروط يقوم الطرفان بتخفيف شرطي استحالة الدفع واستقلال الحدث عن إرادة المدين وذلك باستخدام عبارة (خارج عن سيطرة الأطراف (Beyond the reasonable control of the parties [٤]. ومن أمثلة ذلك الشرط رقم ١٠٦٦ من شروط FIDIC الذي ينص على أنه "إذا وقع حدث خارج

---

(١) شرط مشار إليه في،

LE ROY (D.), Op. cit., p. 761, Annx.(8)

(٢) شرط مشار إليه في،

FONTAINE (M.), Op. cit., p. 213.

(٣) شرط مشار إليه في،

FONTAINE (M.), Op. cit., p. 214.

(٤) انظر في ذلك،

KHAN (Ph.), Op. cit., p. 476.

عن سيطرة الأطراف، يجعل تنفيذ التزامات المتعاقدين مستحيلاً أو غير قانوني .... " [1] وكذلك الشرط الذي ينص على أنه " يُقصد بالقوة القاهرة في تنفيذ هذا العقد كل حدث أو فعل غير متوقع لا يمكن تفاديه وخارج عن سيطرة الأطراف... ..... " [2]. ومن ذلك أيضاً المادة الثالثة والعشرون من الترخيص الصادر لوزير البترول في التعاقد مع الهيئة العامة للبترول وشركة أيوك كو إنك وهيئة التمويل البترولية في شأن البحث عن الغاز واستغلاله في منطقة مليحة بالصحراء الغربية حيث تنص هذه المادة على أنه "يقصد بعبارة القوة القاهرة في نطاق مفهوم هذه المادة .... أو أى سبب آخر ليس ناتجاً عن خطأ أو إهمال من جانب الهيئة أو المقاول .... بشرط أن يكون أى سبب من الأسباب مما لا تستطيع الهيئة أو المقاول أو أى منهما السيطرة عليه في الحدود المعقولة " [3].

ووجه التخفيف في هذه الأمثلة هو تجنب الأطراف اللجوء إلى المعيار المتشدد في تقدير شرط استحالة الدفع وشرط استقلال الحدث عن إرادة المدين. فالشرط الأول يعني عدم وجود أية وسيلة مشروعة يمكن بها للمدين تنفيذ التزامه حتى ولو تحمل تكلفة زائدة. ويعنى الشرط الثاني عدم مشاركة المدين في وقوع الحدث أى أن يكون خارجاً إرادته وعن النشاط الذي يمارسه. والبديل الذي لجأ إليه الأطراف للتعبير عن نية التخفيف هنا هى عبارة " خارج عن السيطرة المعقولة للأطراف " وهى عبارة يصفها بعض فقهاء التجارة الدولية - وبحق - بأنها تترجم مرونة كبيرة في الشروط التقليدية للقوة القاهرة [4].

وغالباً ما يتم تخفيف شرط استحالة الدفع بصفة مستقلةً باستخدام الأطراف لعبارة " لا يمكن التغلب على الحدث باستخدام الجهود الممكنة المعقولة Efforts raisonablement possibles ". ومن أمثلة الشروط التي يستخدم فيها الأطراف

---

(١) مشار إليه في،

GLAVINIS (P.), Op. cit., p. 159.

(٢) شرط مشار إليه في،

FONTAINE (M.), Op. cit., p. 214.

(٣) انظر الجريدة الرسمية، العدد ١٨ تابع (ج)، صادر في ٩ مايو ١٩٩٦، ص ١٥٤. وانظر أيضاً الشرط رقم ١٣ (القوة القاهرة) من الترخيص الصادر ببيع وتوزيع عصائر ومشروبات موالح وفاكهة معينة، مشار إليه في، د. محمود محمد على صبره، ترجمة العقود التجارية، ١٩٩٧، ص ٢٩٨.

(4)FONTAINE (M.), Op. cit., p. 214.

هذه العبارة، الشرط الذي ينص على أن " يقصد بالقوة القاهرة في تنفيذ هذا العقد كل عمل أو حدث .... و لا يمكن التغلب عليه بالرغم من بذل الجهود الممكنة المعقولة " [١]. ومن ذلك أيضاً الشرط الذي ينص على أن " القوة القاهرة هي كل حدث غير متوقع ...... ولا يمكن للأطراف أو لآخرين تجنبه حتى مع بذل كل الجهود الاقتصادية التي في مكنة الأطراف " [٢].

ونلاحظ في هذا الشرط ، وفي الشروط التي يستخدم فيها الأطراف صيغة مشابهة، مرونة كبيرة للمفهوم التقليدي لاستحالة الدفع. فالشرط يتوافر لمجرد بذل المدين جهوده المعقولة في دفع الحدث. ولا مكان لتطبيق المفهوم المتشدد لاستحالة الدفع والذي يعني، كما ذكرنا من قبل، غياب أية إمكانية لتنفيذ العقد ولو عن طريق بديل آخر حتى ولو كان مكلفا.

ويصف الأستاذ KAHN صيغة "الجهود الممكنة المعقولة " بأنها تتضمن مقارنة بين استخدام وسائل معقولة في دفع الحدث وبين التكاليف التي يتكبدها الأطراف في دفع هذا الحدث. والجدير بالذكر أن هناك علاقة وثيقة بين الوسائل المستخدمة وتكاليف هذه الوسائل. فكلما كانت الوسائل المستخدمة هامة ومتقدمة، كلما كانت التكاليف اللازمة لهذه الوسائل كبيرة، إلا إذا كان من الممكن دفع الحدث باستخدام عدد أكبر من القوى العاملة أو بالوسائل الموجودة ولكن لفترات تنفيذ أطول من المنصوص عليها [٣].

ويمكننا القول بأن كل الصعوبات يمكن دفعها أو التغلب عليها إذا خصصنا لها الوسائل والأموال الضرورية، ولكن هذا التخصيص يرتبط في عقود التجارة الدولية ارتباطاً وثيقاً بالإطار الاقتصادي الذي يعمل خلاله المدين. وبمعنى آخر لا يجوز إجبار هذا المدين على أن ينفق تكاليف باهظة ترهق ميزانيته وتعرض سير مشروعه للخطر لكي يتجنب أو يدفع الحدث. فاستحالة التنفيذ تتوافر، بمقتضى هذه العبارة، حتى ولو

---

(١) شرط مشار إليه في، Ibid

(٢) شرط مشار إليه في.

(3) KAHN (Ph.), Lex mercatoria et pratique des contrats internationaux., op. cit., n° 50, p. 202.

انظر ،

KAHN (Ph.), Op. cit., p. 477.

تمكن المدين من دفع الحدث، ولكن بتكاليف كبيرة ترهقه أو تعرقل سير مشروعه [1].

وتعتبر الاستحالة المطلقة التي يرتبها الحدث في تنفيذ العقد هي أكثر عناصر القوة القاهرة التي يرد عليها مرونة أو تخفيف. ومن أمثلة هذا التخفيف ذلك الوارد في الشرط الذي ينص على أن "تعنى القوة القاهرة كل حدث يفلت من سيطرة الأطراف ويجعل تنفيذ العقد صعباً جداً أو مستحيلاً " [2] وتتضح درجة التخفيف في هذا الشرط في أنه لا يتطلب بالضرورة أن يؤدي الحدث إلى استحالة مطلقة في تنفيذ العقد بل يكتفي بأن يجعله صعباً.

ومن أمثلة ذلك أيضاً الشرط الذي يعرف القوة القاهرة بأنها "... الأسباب التي تضع عقبة في السريان العادي للتوريدات أو في الصناعة أو في مراسلات المتعاقدين " [3]. ويكتفي الأطراف في هذا الشرط بأن يؤدي الحدث إلى إحداث عرقلة أو عقبة في السريان العادي للتوريدات أو في صناعة المواد محل العقد أو حتى في مراسلات المتعاقدين، دون أن يؤدي إلى استحالة مطلقة في هذه الأشياء [4]. وكذلك الأمر بالنسبة للشرط الذي يعرف القوة القاهرة بأنها " حدث فجائي، خارجي، غير متوقع، يخلف موقفاً مختلفاً تماماً عن الموقف الذي تم إبرام العقد خلاله une situation fondamentalement différente de celle dans laquelle le contrat a été conclu " [5]. ويتضح أن المرونة

---

(١) انظر في هذا المعنى، .Ibid

(٢) المادة 17 من العقد النموذجي للاستثمار الأجنبي في الدول الآخذة في النمو والذي أعدته جمعية القانون الدولي في المؤتمر الذي عقد في نيودلهي في 28 ديسمبر 1974، مشار إليه في،
KHAN (Ph.), Op. cit., p. 475.

(٣) شرط مشار إليه في،
FONTAINE (M.), Op. cit., p. 215.

(٤) نذكر في هذا الصدد أيضا تعريف القوة القاهرة الذي تبنته الشروط العامة التي وضعتها اللجنة الاقتصادية الأوربية، حيث اكتفت هذه الشروط بأن تؤدي الأحداث المشكلة للقوة القاهرة إلى استحالة نسبية في تنفيذ العقد أو إعاقة السريان العادي للعقد. انظر في ذلك، د. محسن شفيق، عقد تسليم مفتاح، مرجع سابق، ص ٨٧.
ومن تطبيقات التوسع في الاستحالة أيضاً نص المادة ٢/٢٩٣ من قانون ٥ فبراير ١٩٧٦ الألماني المتعلق بالعقود الاقتصادية الدولية التي تنص على أنه " إذا نتج عن القوة القاهرة أن اختفي محل الالتزام أو لم يعد ممكناً إعادته إلى الحالة التي كان عليها من الناحية الاقتصادية Sa remise en état ne soit pas économiquement viable ، تنقضي الالتزامات المتبادلة والالتزامات اللاحقة لها ".

(٥) شرط مشار إليه في، =

قد وصلت في مثل هذا الشرط إلى حد مشابهته بشرط "إعادة التفاوض" Hardship أو بأحد حالات تطبيق نظرية "Frustration of contract" التي تعرفها شريعة "Common law" [(١)].

من التطبيقات على هذا التوسع أيضاً ، الشرط الذي ينص على أن "يقصد بالقوة القاهرة كل فعل أو حدث ..... يجعل تنفيذ التزامات الأطراف مستحيلاً من الناحية الإنسانية humainement impossible " [(٢)]. وفي تفسير عبارة "مستحيل إنسانياً، أو مستحيل من الناحية الإنسانية" يرى بعض الفقه أنها تجعنا نعتقد أنا أمام شرط "إعادة التفاوض" لا أمام شرط قوة قاهرة [(٣)].

يتضح لنا من كل هذه الأمثلة الأخيرة أننا بعيدون عن فكرة الاستحالة المطلقة في التنفيذ التي يتطلبها المفهوم التقليدي للقوة القاهرة. فليست العقبة في السريان العادي للتوريدات أو المراسلات، أو اختلاف الموقف التعاقدي عن الذي تم إبرام العقد خلاله، أو الصعوبة في تنفيذ العقد، هي الاستحالة المطلقة في التنفيذ.

= DUPIN DE SAINI - CYR (P.), Contrats d'exportation, modèles et commentaires, Jupiter, 4° éd., p. 173.

(١) انظر في هذا المعنى،

LAHETHE (D.), Op. cit., p. 468.

ويعلق الأستاذ الدكتور محسن شفيق على التوسع في مفهوم الاستحالة بقوله " .. من التشريعات الوطنية ما يستعمل للدلالة على الاستحالة تعبيرات أخرى ، وإن كانت تقترب في مدلولها ، فإنها من المرونة بحيث تحتمل تفسيرات أخرى غير فكرة الاستحالة المطلقة ، ...... ". انظر د. محسن شفيق، اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع، مرجع سابق، بند ٣٤٠، ص ٢٥١.

(٢) شرط مشار إليه في،

BARAIERI (J. - J.), Vers un nouvel équilibre contractuelle ., Op. cit., p. 459.

(٣) انظر، Ibid.

المبحث الثاني
التوسع في مفهوم القوة القاهرة في حالة التعريف بذكر أمثلة والتعريف المختلط

١١٩- نظراً للصعوبات التي يثيرها التعريف المجرد للقوة القاهرة خاصة في الوصول إلى النية الحقيقية للأطراف في تحديد مفهوم القوة القاهرة، فإن الأطراف في غالبية الشروط يفضلون الأخذ بمفهوم يعتمد على تعداد للحالات التي تعتبر في نظرهم قوة قاهرة [1]،وهذا هو المفهوم بذكر أمثلة. أو يفضلون الأخذ بالمفهومين معاً متبنين المفهوم المختلط للقوة القاهرة.

ويتفق الفقه في أن مفهوم القوة القاهرة وفقاً لهذين النوعين من التعريفات يرد عليه توسع كبير تتمثل صورته في إدراج أحداث كثيرة لا تشكل بطبيعتها قوة قاهرة. وإظهار التوسع في هذين النوعين من التعريفات يتطلب أن نُعَرف كلاً منهما، ثم نوضح إلى أي حد تم التوسع في مفهوم هذه الفكرة في حالة تبني هذا النوعين من التعريفات، وذلك في مطلبين متتاليين.

---

(١) في هذا المعنى،

KAHN (Ph.), Op. cit., p. 470.

حيث يرى أن " هذه الصياغة تبدو وكأنها هي الأكثر استعمالاً ".

المطلب الأول
التعريف بذكر أمثلة والتعريف المختلط

١٢٠- يحتوى هذا المطلب على مسألتين : نبين في الأولى المقصود بكل من التعريف بذكر أمثلة والتعريف المختلط، ونوضح في الثاني تقدير كل منهما وذلك على النحو التالى:

١٢١- أولاً : المقصود بالتعريف بذكر أمثلة والتعريف المختلط:

يقصد بطريقة التعريف بذكر أمثلة في مجال شروط الإعفاء أن يحدد الأطراف، في قائمة مطولة، يدرجونها في عقدهم، الأحداث والظروف التي تعد من وجهة نظرهم قوة قاهرة حتى ولو لم تكن كذلك من الناحية الموضوعية [١]. و يوضحون في نفس الشرط النظام القانوني المطبق عند وقوع أى من هذه الأحداث [٢].

وهذه الطريقة تعفي المحكم أو القاضي الذي ينظر النزاع من فحص مدى توافر شروط القوة القاهرة على أى حدث يندرج في هذه القائمة، بل يعتبره قوة قاهرة ويطبق النظام القانوني الذي اتفق عليه الأطراف بمجرد حدوثه [٣].

---

(١) وعلى العكس من ذلك قد تحدد القائمة الأحداث التي لا تعتبر قوة قاهرة، وفي هذه الحالة تعتبر جميع الأحداث التي تتوافر فيها الشروط العامة للقوة القاهرة (عدم التوقع واستحالة الدفع واستقلال الحدث عن إرادة المدين) قوة قاهرة باستثناء الأحداث التي اتفقوا على عدم اعتبارها كذلك. ومن هذا القبيل نص المادة ٢١٤ من قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ والمتعلقة بالأحكام العامة بعقود النقل. و تنص هذه المادة على أنه " لا يعتبر من القوة القاهرة في عقود النقل انفجار وسائل النقل أو احتراقها أو خروجها عن القضبان التي تسير عليه أو تصادمها أو غير ذلك من الحوادث التي ترجع إلى الأدوات أو الآلات التي يستعملها الناقل في تنفيذ النقل ولو ثبت أنه اتخذ الحيطة لضمان صلاحيتها للعمل وبمنع ما تحدثه من ضرر ". ونفس الأمر نجده في المادة ٦/٤٤٨ والمادة ٥/٥٢٦ من هذا القانون والمتعلقتان بالكمبيالة والشيك حيث ينصان على أنه لا يعتبر من قبيل القوة القاهرة الأمور المتصلة بشخص حامل الكمبيالة أو شخص حامل الشيك أو بمن كلفه بتقديم أي منهما أو بعمل الاحتجاج.

(٢) انظر في هذا المعنى،

BARBIERI (J. - J.), Op. cit., p. 452.

(٣) انظر،

BULISSON (M.), Op. cit., p. 219.

والقائمة التي تشمل هذه الأحداث قد تكون محددة على سبيل الحصر؛ أي تتضمن أحداثاً مُعينة بذاتها دون إمكانية إضافة أحداث أخري حتى ولو كانت مشابهة لها. وقد تحتوي على أمثلة معينة يمكن إضافة غيرها متى تشابهت معها.

والجدير بالذكر أن طبيعة الأحداث والوقائع التي يدرجها الأطراف في عقودهم كأمثلة لحالات القوة القاهرة تختلف من عقد لآخر وفقاً لطبيعة هذا العقد ومجال انعقاده[1]. و تجدر الإشارة، في هذا المقام، إلى أنه يوجد حد أدنى مشترك من الأحداث تظهر تقريباً في كل أنواع العقود، ثم تضاف أحداث مردها إلى الطبيعة الخاصة لكل عقد من العقود[2]. ففي عقد توريد غاز، على سبيل المثال، يبدأ الأطراف عادة بإدراج الأحداث التي تمثل بصفة عامة حالة قوة قاهرة في غالبية العقود مثل الحوادث الطبيعية والحرب والتشريعات الصادرة من أي دولة متعاقدة. و يتبع الأطراف ذلك التعداد بذكر الأحداث الخاصة والمرتبطة بطبيعة عقد توريد الغاز مثل الحوادث الجوية التي تؤثر في إنتاج الغاز، وعملية النقل والمعالجة التي تؤثر في تخزينه وفي إعادة تكريره وفي التفريغ [3]. ومثل هذه الأنواع الأخيرة من الأحداث لا يتخيل وجودها في عقود أخري حتى ولو كانت عقود توريد حيث ترتبط بالتقنيات الخاصة بصناعة الغاز. فعقد توريد منتجات ترتبط به أحداث خاصة من طبيعة أخرى مثل القيود المتعلقة برخص التصدير والاستيراد ورخص النقل ولوائح النقد وفرض ضرائب جديدة أو رسوم جديدة على المنتجات محل العقد [4].

والحالات أو الأمثلة المختارة من الأطراف في الغالب الأعم من العقود، وفقاً لما يراه فقه التجارة الدولية وكما أوردوها في مجلة " قانون وواقع التجارة الدولية Droit et pratique du commerce international"، تتمثل في الكوارث الطبيعية مثل

---

(١) قريب من هذا المعنى.

KHAN (Ph.), Op. cit., p. 472.

(٢) انظر بالنسبة لخصوصية الأحداث المدرجة في عقود الاستثمار، د. عصام الدين القصبي، مرجع سابق، بند ٥٥، ص ١٣٢.

(٣) انظر في ذلك،

KHAN (Ph.), Op. cit., p. .472.

(٤) انظر في هذا المعنى،

QUSSENKO (E.), BOGOUS LAVSKIL (M.) et LAPTEV (V.), Quelques aspects juridiques du commerce entre les payes de systèmes sociaux differents et le problèmes de sciences juridiques, in , colloque d' Helsinki, Op. cit., P 281.

(الزلزال-الفيضان-العاصفة-الحريق......)، والعمليات العسكرية على اختلاف أنواعها، مثل (الحروب-الثورات-القلاقل-الشغب .....)، ومنازعات العمل مثل (الإضراب، ....)، وأعمال السلطة العامة مثل (رفض منح الرخص المطلوبة أو سحبها، فرض ضرائب جديدة ....)، صعوبات النقل والتموين....[1].

والتطبيقات الخاصة بهذا النوع من التعريفات عديدة نذكر منها على سبيل المثال الشرط الذي يحدد مفهوم القوة القاهرة بأنها "الحرب سواء معلنة أم لا، الثورة، الغزو، التمرد، الشغب، المظاهرات المدنية، العنف الشديد، التخريب، ......، الانفجار، الحريق، العاصفة، الرياح، الفيضان.... ، فرض حظر استيراد مواد اتفقت الشركة على استيرادها من الخارج، أعمال قامت بها حكومة غانا كحكومة أجنبية أثرت على التنمية في دولة مجاورة تعتمد عليها ...،أو أي عمل من حكومة أجنبية يؤثر على استيراد تجهيزات أو مواد لازمة .... "[2].

١٢٢- أما التعريف المختلط فيقصد به أن يجمع الأطراف الطريقتين السابقتين معاً عند تعريفهم للقوة القاهرة. فيبدأ الأطراف بتعريف القوة القاهرة بشكل مجرد، أي بذكر خصائص عامة في الحدث، ثم يتبعونه بقائمة للأحداث التي تشكل حالة قوة قاهرة من وجهة نظرهم[3]. فهو من ناحية عبارة عن قائمة تتضمن كل الأحداث التي يتوقع الأطراف حدوثها أثناء سريان العقد أو يكون من طبيعتها أن تؤثر بشكل أو بآخر على تنفيذه، وقد تتضمن هذه القائمة التغيرات التشريعية ، الكوارث الطبيعية ، أعمال السلطة العامة وغيرها من الأحداث. وهو ومن ناحية أخرى، وإلى جانب هذه القائمة،

---

(١) انظر الدراسة التي قام بها الأستاذ "فونتان" FONTAINE (M.) وآخرون الواردة في،
Dr. prat. com. int., 1979, n° 4, pp. 477 - 481.
وانظر أيضاً في حالات الإعفاء الواردة في المادة ٢١٤ من اتفاقية بروكسيل ١٩٢٤ الخاصة بحيث نص المشرع على حالات القضاء والقدر وحوادث البحر ومخاطره ، الحريق في حالات الحرب الخ.. وانظر في شرح هذه المادة، د. عبد الفضيل محمد أحمد، مرجع سابق، بند ٣٠٥، ص ٣٣١..

(٢) شرط مشار إليه في،
KAHN (Ph.), Op. cit., p. 470 .
وانظر أيضاً الشروط العديدة المشار إليها في،
FONTAINE (M. (, Op. cit., p. 271 et s.

(٣) انظر في هذا المعنى،
BARBIERI (J. - J.), Op. cit., p. 456.

يتضمن أيضاً الخصائص العامة الواجب توافرها في الحدث لاعتباره قوة قاهرة مثل عدم التوقع واستحالة الدفع واستقلال الحدث عن إرادة المدين [1].

وفي حالة وقوع أي حدث لم يرد ضمن القائمة المحددة في هذا التعريف، فإنه يعتبر قوة قاهرة إذا توافرت فيه الخصائص التي حددها الأطراف بعد ذلك. وعلى المحكم أو القاضي في هذه الحالة مهمة فحص مدي توافر هذه الشروط في الحدث محل الدعوى[2].

وقائمة الأحداث التي يتضمنها هذا النوع من التعريف تشابه تماماً القائمة التي يتضمنها التعريف بذكر أمثلة. ومن ثم قد تكون على سبيل المثال، تسمح بإضافة أحداث مشابهة للأحداث التي ذكرها الأطراف حتى ولو لم يتوافر فيها الشروط العامة التي حددها الأطراف. وقد تكون على العكس من ذلك ، على سبيل الحصر لا تسمح بإضافة أمثلة أخرى للأحداث بخلاف المنصوص عليها [3] .

وتحتوى غالبية عقود التجارة الدولية على شرط مفصل للقوة القاهرة، جمع فيه الأطراف الطريقتين معاً [4]. ومثال لذلك الشرط الذي يحدد القوة القاهرة بأنها " الأحداث التي تقع بعد انعقاد العقد وتكون مستقلة عن إرادة الأطراف وتجعل تنفيذ العقد مستحيلاً ، مثل الحرب وأعمال الحكومة والحصار والثورات ...

---

(١) انظر في هذا المعنى،

BULISSON (M.), Op. cit., p. 220.

(2)Ibid.

(٣) قريب من هذا المعنى،

.FONTAINE (M), Op. cit., p. 219

ومن أمثلة الشروط التعاقدية التي تتبنى هذا المفهوم المختلط والتي جاءت على سبيل المثال لا الحصر، الشرط الوارد في عقد توريد وحدات كاملة لتصنيع المنظفات والوارد في د. محمود الكيلاني، رسالة سابقة، ص ٦٠٤. فقد اتفق الأطراف، بعد تعدادهم للشروط الواجب توافرها في حدث القوة القاهرة ، على أن : " ويشمل ذلك على سبيل المثال لا الحصر، الحرب سواء معلنة أو غير معلنة، أعمال الشغب، الزلازل ...... " .

(٤) نظر في هذا المعنى،

VIROLE (J.), Incidence des mesures d'embargo sur les contrats internationaux, op. cit., p. 321; SOKOLW, La force majeure dans les contrats entre sociétés occidentales et centrales commerciales soviétiques, op. cit., p. 323.

وانظر كذلك آراء الفقهاء التي قيلت في مؤتمر مدينة تور TOURS الفرنسية في يونيو ١٩٧٨ تحت عنوان " كيف نتفاوض في عقد ؟ " وأعمال هذا المؤتمر واردة في.

Dr. prat. com. int., 1979, p. 157 et s.

.. "[1]. ومن لذلك أيضاً الشرط الذي ينص على أن " يقصد بالقوة القاهرة ، كل حدث لا يستطيع الأطراف، لحظة إبرام العقد ، أن يتوقعوه ولا يستطيعون دفعه أو توقع نتائجه، ومن طبيعتها أن تجعل من المستحيل ، مؤقتاً أو نهائياً، تنفيذ الالتزام الذي يتحمله الأطراف أو أحدهم، سواء بصفة كلية أو جزئية . واتفق الأطراف على أن يعتبر قوة قاهرة الأحداث التالية ، بشرط أن يتوافر فيها خصائص التعريف المحدد في الفقرة السابقة ، الثورات والحرب المعلنة والانفجارات ....." [2].

١٢٣- ثانياً : تقييم التعريف بذكر أمثلة والتعريف المختلط:

إن الميزة الرئيسية التي يقدمها التعريف بذكر أمثلة هى تفادي النقد الموجه إلى التعريف المجرد حيث يتفادى الاختلاف في التقدير حول مدى توافر الصفات التي ذكرها الأطراف في العقد في الحدث. فمجرد وقوع الحدث المذكور في القائمة التي أعدها الأطراف يعُفي القاضي أو المحكم من فحص مدى توافر الشروط العامة للقوة القاهرة فيه ويعتبره سبباً لانتفاء من المسئولية [3].

ومع ذلك فقد وجه إلى هذا التعريف عدة انتقادات منها:

(١)- أن هذا النوع من التعريفات يثير صعوبة جادة في تحديد نية الأطراف تجاه بعض الأحداث التي لم يتفقوا عليها صراحة في القائمة ومدى اعتبارها قوة قاهرة.

وتظهر هذه الصعوبة إذا كانت الأحداث التي أوردها الأطراف على سبيل المثال لا الحصر بحيث تحتمل إضافة أحداث أخرى مشابهة للأحداث التي وردت في القائمة.

---

(١) شرط مشار إليه في..Ibid

(٢) شرط مشار إليه في،

BARBIERI (J. - J.), Op. cit., p. 458.

وانظر أيضاً المادة الثالثة والعشرين من الترخيص الصادر لوزير البترول عام ١٩٩٦ بالتعاقد بين الهيئة المصرية العامة للبترول وشركة أيوك كو إنك وهيئة التمويل الدولية في شأن البحث عن الغاز واستغلاله في منطقة مليحة بالصحراء الغربية.، وارد في الجريدة الرسمية، العدد ١٨ تابع (ج) في ٩ مايو ١٩٩٦، ص ٧ وما يليها، وبصفة خاصة ص ١٥٤.

(٣) في هذا المعنى،

BULISSON (M.), Op. cit., p. 219.

ومثال لهذه الشروط ذلك الذي يضيف الأطراف إلى الأحداث التي ذكروها في العقد عبارة "وبصفة خاصة" أو يختموا هذه الأحداث بعبارة "أو أية أحداث أخرى مشابهة". في مثل هذه الشروط يثور التساؤل عن مدى اعتبار هذه الأحداث قوة قاهرة بمجرد وقوعها أم يلزم لاعتبارها كذلك أن يتوافر فيها الشروط العامة للقوة القاهرة من عدم توقع واستحالة الدفع واستقلال الحدث عن إرادة المدين ؟.

وإن كان الغالب أن قضاء التحكيم يميل إلى اعتبار هذه الأحداث قد وردت على سبيل المثال لا الحصر ومن ثم يمكن إضافة أحداث أخرى مشابهة [1]، إلا أن الإجابة على هذا التساؤل تتوقف بالدرجة الأولى على طريقة تحرير الشرط ومدى وضوح نية الأطراف تجاه هذه الأحداث. وبالجملة يتوقف الأمر على اتفاق الأطراف. ومن أمثلة الشروط التي يعبر فيها الأطراف بوضوح عن نيتهم في هذا الصدد ذلك الشرط الذي ينص على أنه "... ويعتبر بصفة خاصة كأسباب لانتفاء من المسئولية، إذا تدخلت بعد إبرام العقد، وتعوق ستنفيذه، منازعات العمل، وكل الظروف الأخرى مثل الحريق، التعبئة، .... عندما تكون هذه الأحداث الأخرى مستقلة عن إرادة الأطراف ..." [2]. ففي هذا الشرط حدد الأطراف جيداً أن الأحداث التي أدرجوها في عقدهم لا تعد قوة قاهرة إلا إذا توافرت فيها الشروط العامة للنظرية.

(٢) - والنقد الثاني الذي يمكن أن يوجه إلى هذه الطريقة في التعريف يتبلور في حالة ما إذا حدد الأطراف الأحداث على سبيل الحصر. ففي هذه الحالة يثور التساؤل بخصوص الأحداث الهامة التي تؤثر في طبيعة العقد أوفي تنفيذه وتعد حالة قوة قاهرة وفقاً للمفهوم العام للقوة القاهرة، ولكنها لم ترد ضمن القائمة التي أعدها الأطراف، فهل تعتبر هذه الأحداث قوة قاهرة وفقاً لنية الأطراف ؟.

ومثال لهذه الحالة الشرط الذي اتفق فيه الأطراف على أنه "... تعتبر كقوة قاهرة عند حدوثها بصفة مستقلة عن إرادة الأطراف وتتوافر فيها خصائص عدم التوقع واستقلال الحدث عن إرادة المدين واستحالة الدفع، الأحداث التالية، الحرب، أعطال

---

(١) انظر في تفصيل ذلك لاحقاً بند ١٢٦، ص١٩٧.

(٢) مشار إليه في

BARBIERI (J. - J.), Op. cit., p. 456 ; FONTAINE (M.), Op. cit., p. 221.

الآلة ، توقف التموينات ...." [1] .

في مثل هذا العقد إذا وقع إضراب أثر كلية في تنفيذ العقد، مع أنه ليس ضمن هذه القائمة ، فهل لا يعتبر قوة قاهرة لعدم وروده فيها ؟

وإزاء هذه الانتقادات الموجهة إلى التعريف المجرد والتعريف بذكر أمثلة، يفضل غالبية فقه التجارة الدولية، ومحررو شروط القوة القاهرة الأخذ بالتعريف المختلط ، بتحديد شروط عامة يجب توافرها في كل حدث ، مع إعطاء بعض الأمثلة للحالات التي تعد قوة قاهرة في نظر المتعاقدين [2] .

---

(١) شرط مشار إليه في.

BARBIERI (J. - J.), Op. cit., p. 456.

(٢) انظر،

VAN OMMESLAGHE (P.),Op. cit., p. 37 ; FONTAINE (M.), Op. cit., p. 214 ; DUBISSON (M.) , article in " Les problèms de long term ", Op. cit., p. 148 ; MARSCHALI (W. - V.) , article in, " Les problèms de long term ", Op. cit., p. 154. s.

المطلب الثاني
صور التوسع في مفهوم القوة القاهرة
في حالة التعريف بذكر أمثلة والتعريف المختلط

١٢٤- يظهر التوسع في مفهوم القوة القاهرة في حالة تبنى أحد هذين التعريفين، سواء كانت قائمة الأحداث التي أوردها الأطراف في العقد قد جاءت على الحصر أو على سبيل المثال. وسوف نبين على التوالي كيف تم التوسع في كل حالة من هذه الحالات على حدة.

١٢٥- أولاً : التوسع في مضمون القائمة الواردة على سبيل الحصر:

يتم التوسع في هذه الحالة عن طريق ذكر بعض الأحداث التي ينص عليها الأطراف في العقد ويعتبرونها حالة قوة قاهرة في جميع الحالات دون تطلب أن تتوافر فيها شروط القوة القاهرة. فاتفاق الأطراف على اعتبار هذه الأحداث قوة قاهرة في جميع الفروض يكسب النظرية مفهوماً موسعاً [1]. ومثال ذلك اتفاق الأطراف على اعتبار "الاضطرابات السياسية والاجتماعية التي تؤثر في البلاد المجاورة وعدم كفاية التوريدات، والإضرابات الكلية والجزئية أياً كانت ..... قوة قاهرة" [2].

ففي هذا الشرط أ درج الأطراف الإضرابات أياً كانت والاضطرابات السياسية والاجتماعية ضمن حالات القوة القاهرة. ومن المعروف أن هذه الإضرابات لا تعد قوة قاهرة إلا إذا توافرت فيها شروط مُعينة، بأن تكون مستقلة عن نشاط المدين وتؤدي إلى استحالة كلية في تنفيذ الالتزامات. ولا يمكن أن نصف حدثاً ما بأنه قوة قاهرة أم لا لمجرد وقوعه. فلو ذكر الأطراف، على سبيل، المثال. أن الزلازل تعد حالة قوة قاهرة. فهذا يعد توسعاً لمفهوم القوة القاهرة، لأن الزلازل يمكن أن تكون في مجموع الظروف التي وقعت خلالها حدثاً عادياً لا تتوافر فيه شروط القوة القاهرة في بعض المناطق مثل

---

(١) انظر في هذا المعنى.

ALTER (M.), Vente commercial, Obligation de délivrance du vendeur, Juris - classeurs, éd., Techiques, Fasc. 310, II, 1993, n° 43, p. 9.

(٢) شرط مشار إليه في،

FONTAINE (M.), Op. cit., p. 215.

إيران وتركيا واليابان. ولكنها يمكن أن تعتبر حالة قوة قاهرة في بعض المناطق الأخرى مثل شمال فرنسا وجنوبها وإنجلترا ومصر [١]. وعلى ذلك فإن ذكر الزلازل وغيرها من الأحداث كحالة قوة قاهرة في جميع الحالات، دون أن يتطلب الأطراف أن يتوافر فيها الحد الأدنى من شروط القوة القاهرة، يتضمن في حد ذاته مرونة وتوسعاً في مفهوم هذه الفكرة [٢].

وإذا كان بعض الفقه يرى أنه من المستحيل وجود قائمة تحتوى بشكل مطلق على كل الأحداث التي تشكل قوة قاهرة، فإنهم يعترفون، في المقابل، بوجود طوائف كبيرة من الأحداث يمكن إدراجها بسهولة ضمن حالات القوة القاهرة. ويرون أيضاً أنه إذا تدخل الأطراف بإضافة أحداث أخرى بخلاف هذه الطوائف من الأحداث، فإن هذا يعد توسعاً في مفهوم هذه النظرية [٣].

١٢٦- ثانياً : التوسع في مضمون القائمة الواردة على سبيل المثال :

تظهر مرونة مفهوم القوة القاهرة في هذه الحالة بصورة أكثر وضوحاً عن الحالة الأولى. وتعداد الأحداث على سبيل المثال وليس الحصر هو الأصل في إعداد هذه القوائم [٤]. ويحث الفقه الأطراف على أن يتبعوا هذا النهج عند تحديدهم لهذه الأحداث [٥].

ويعبر الأطراف عن كون القائمة على سبيل المثال باستخدامهم لمصطلحات مُعينة

---

(١) انظر في ذلك،

LE ROY (D.), Op. cit., p. 116.

(٢) وانظر في نفس المعنى، الأستاذ " فونتان " FONTAINE الذي يتساءل " هل كل الفيضانات وكل الحروب تعتبر بالضرورة حالة قوة قاهرة في تنفيذ العقد ؟ أم أنها لا تعد كذلك إلا إذا توفرت الشروط الواردة في الجملة الأولى من الشرط ؟ ألا توجد فيضانات متوقعة ؟ ألا توجد حروب لا تعوق تنفيذ العقد ... ؟ " .

FONTAINE (M.), Op. cit., p. 220.

(٣) في نفس المعنى،

LE ROY (D.), Op. cit., p. 116.

(٤) انظر،

FONTAINE (M.), Op. cit., p. 220 ; LAMETHE (D.), Op. cit., p. 470.

(٥) انظر على سبيل المثال،

VAN OMMESLAGHE (P.), Op. cit., p. 37.

مثل "وبصفة خاصة" notamment "، "وعلى سبيل المثال par exemple ". أو يتبعون التعداد بعبارة "الخ etc. " . وفي غالبية الشروط يختم الأطراف التعداد بعبارة "أو أية أحداث أخرى مشابهة " [1].

ويؤدي استخدام الأطراف لهذه العبارات إلى إدخال أحداث أخرى مشابهة في نطاق القوة القاهرة بالقياس على الأحداث الواردة في النص، حتى ولو لم تكن بطبيعتها تشكل قوة قاهرة، حيث يعتبرها المحكم كذلك لمجرد تشابهها مع الأحداث المنصوص عليها.

والتوسع في مفهوم القوة القاهرة في حالة استخدام الأطراف لعبارة "وبصفة خاصة notamment" نجد تطبيقه في قرار التحكيم الصادر في القضية رقم ٣٠٩٣ / ٣١٠٠ لسنة ١٩٧٩ المشار إليه سابقاً [2]. في هذه القضية دفع المشترى مسئوليته، عن عدم دفع ثمن المنتجات البترولية التي تسلمها، برفض رخصة نقل الأموال الصادر من البنك المركزي لدولته. وقد استند في هذا الدفع إلى النص الوارد في العقد الذي اتفق فيه الطرفان على أن " ١- لا يسأل الأطراف عن الخسائر والأضرار، أياً كانت طبيعتها، الناتجة من كل تأخير أو عيب في تنفيذ الالتزامات المنصوص عليها في العقد والتي تسببها قوة قاهرة دون أن يكون هناك خطأ أو إهمال من جانب الطرف المتمسك بالقوة القاهرة. ٢- وبصدد تنفيذ هذا العقد يشكل . بصفة خاصة ، قوة قاهرة احترام البائع والمشتري للقرارات والإجراءات التي يصدر بها نص تشريعى أو لائحى من السلطة العامة في دولة البائع أو اتفاق دولي كانت دولة البائع طرفاً فيه ...... " [3].

وفي تفسيره لهذا النص ذهب البائع إلى أن المشتري لا يستطيع التمسك به، لأنه لا ينص إلا على الإجراءات التي تتخذ من دولته هو فقط – أى دولة البائع – وقرار رفض رخصة نقل الأموال صدر من السلطات التابعة لدولة المشتري ولذا لا يشمل الشرط هذا القرار ولا يعتبر قوة قاهرة.

وقد رفضت هيئة التحكيم تفسير البائع للشرط على هذا النحو. وأعطت

---

(١) انظر في هذا المعنى.

FONTAINE (M.), Op. cit., p. 220.

(٢) " مشار إليه في المجموعة الأولى من القرارات. ص 365 - 374.

(٣) " انظر بصفة خاصة. ص 366 من هذه المجموعة.

المشترى الحق في التمسك بحالة القوة القاهرة استناداً إلى عبارة "وبصفة خاصة notamment" التي ذكرها الأطراف في العقد. وفسرت الهيئة هذه العبارة بأنها تشير فقط إلى أن الأحداث التي ذكرها الأطراف في العقد جاءت على سبيل المثال وليس الحصر، وليس هناك ما يمنع من إدخال حالات أخرى مشابهة. ومن هذه الحالات، في موضوع العقد، الأوامر والنصوص التشريعية الصادرة من سلطات دولة المشترى . وأكدت الهيئة على أنه " على عكس رأي البائع ، يستطيع كل من الطرفين، بما في ذلك المشتري، أن يتمسك بحالة القوة القاهرة التي لا تنحصر فقط في الفرض المشار إليه في الشرط . وهذا يظهر بوضوح من عبارات الشرط، فقد نص على أنه " لا يسأل الأطراف " وقد جاءت كلمة الأطراف بصفة الجمع مما يعني البائع والمشترى معاً وليس البائع فقط ، كما استخدم الأطراف في الشرط عبارة "وبصفة خاصة" notamment قبل تعداد الأحداث التي تشكل قوة قاهرة من وجهة نظرهم، وهذه العبارة تشير بوضوح إلى اعتبار مثل هذه الأحداث مجرد أمثلة للقوة القاهرة "[1]

(١) " المجموعة الأولى من القرارات. الموضع السابق.

الفصل الثاني
نطاق الاقتراب بين مفهوم شرطي القوة القاهرة وإعادة التفاوض

١٢٧- إن الحديث عن مفهوم مرن للقوة القاهرة وعن توسع في هذا المفهوم لا يكتمل إلا ببيان أثر هذا التوسع في الاقتراب بين هذا المفهوم ومفهوم شرط " إعادة التفاوض" Hardship.

وتمشياً مع خطة الرسالة، سنعرض في هذا المقام قدر هذا الاقتراب فيما يتعلق بمفهوم الشرطين وبصفة خاصة شروط تطبيقهما. أما بيان هذا القدر فيما يتعلق بالآثار المترتبة على إعمال كل شرط فسيكون موضوع الجزء الثاني من الرسالة.

وباعتبار أن القوة القاهرة وشرط " إعادة التفاوض " Hardship استثناءان على مبدأ القوة الملزمة للعقد، فإنهما لا يرتبان أثرهما إلا في ظروف استثنائية يتصف فيها الحدث بعدم التوقع وألا يكون قد نتج من خطأ الطرف المتمسك به. ويُجمع على هذين الشرطين قضاء التحكيم التجاري الدولي، واتفاقيات التجارة الدولية، وواقع العقود الدولية.

وسوف سنتناول هذين الشرطين في فرعين متتاليين.

الفرع الأول
عدم توقـع الحـدث

١٢٨- الخصيصة الأولى التي يقترب من خلالها مفهوم شرط القوة القاهرة من مفهوم شرط " إعادة التفاوض " Hardship، هي خصيصة عدم التوقع . فوقوع أحداث غير متوقعة من الأطراف، وخاصة المدين بالالتزام ، شرط ضروري لوصف الحدث بالقوة القاهرة أو بال Hardship.

وعدم توقع الحدث أمر لازم لوصف الحدث بالقوة القاهرة بمفهومها التقليدي أو الحديث، ولازم أيضاً لتطبيق نظرية الظروف الطارئة أو شرط " إعادة التفاوض " Hardship ، إلا أنه يكتسب خصوصيات مُعينة في عقود التجارة الدولية سواء فيما يتعلق بمفهومه أو تقديره.

وهذا ما سنبرزه في مبحثين متتاليين.

المبحث الأول
ماهية عدم التوقع في عقود التجارة الدولية

١٢٩- إن بيان ماهية عدم التوقع يقتضي منا أن نوضح مدى تطلب هذا الشرط في كل من شرط القوة القاهرة أو شرط الـ Hardship ، وأن نحدد النطاق الذي يرد عليه، وصور التعبير عنه، سواء في القانون المقارن أو قانون التجارة الدولية.

وعلى هذا سوف نقسم هذا المبحث على النحو التالي :

المطلب الأول : تطلب عدم التوقع في كل من القوة القاهرة وشرط "إعادة التفاوض" Hardship.

المطلب الثاني : نطاق عدم التوقع وصور التعبير عنه.

المطلب الأول
تطلب عدم التوقع في كل من شرط القوة القاهرة وشرط " إعادة التفاوض "

١٣٠- تتطلب القوة القاهرة بمفهومها التقليدي أو بمفهومها الحديث أن يتوافر في الحدث خصائص معينة، ومن هذه الخصائص خصيصة عدم التوقع[١]. ونفس الأمر نجده في نظرية الظروف الطارئة و شرط "إعادة التفاوض" Hardship[٢].

وسوف نبين في هذا المطلب مدى توافر هذه الخصيصة في حدث القوة القاهرة أو الظروف الطارئة في بعض الأنظمة القانونية الوطنية وفي قانون التجارة الدولية.

١٣١- أولاً : شرط عدم التوقع في القانون المقارن :

تتطلب النظم القانونية الوطنية التي تأخذ بنظرية القوة القاهرة كسبب لانتفاء المسئولية أو تأخذ بفكرة شبيهة لها، أن يكون الحدث النافي للمسئولية غير متوقع من الطرف الذي يتمسك به. ونفس الأمر ينطبق على نظرية الظروف الطارئة في النظم القانونية التي تنظمها تشريعياً أو قضائياً. وإذا كانت تشريعات بعض هذه الدول لا تتطلب صراحة هذا الشرط، فإن القضاء والفقه يجتمعان على ضرورة توافره[٣].

ففي القانون الفرنسي، وعلى الرغم من أن المادتين ١١٤٧ ، ١١٤٨ مدني جاءتا خاليتين من أية إشارة إلى هذا الشرط في الحدث المشكل للقوة القاهرة، فإن

---

(١) انظر في هذا المعنى،

ALTER (M.), Op. cit., n° 46, p. 9.

(٢) انظر بخصوص الظروف الطارئة، على سبيل المثال، د. حسام الدين كامل الأهواني، مرجع سابق، بند 434، ص 321؛ وانظر بخصوص شرط "إعادة التفاوض" Hardship على سبيل المثال،

LE FICHANT (F.), Op. cit., p. 131 ; OBEID (G.), Op. cit., p. 58 ; EL MAHI (H.), OP. cit., p. 80.

(٣) انظر بخصوص القانون الفرنسي على سبيل المثال،

LEBREQUIER (Y.), Op. cit., n° 18, p. 33

وانظر بخصوص القانون المصري المراجع المشار إليها لاحقاً، بصفة خاصة ص ٢١٠.

الفقه والقضاء الفرنسيين يتفقان على ضرورة أن يتصف الحدث بعدم التوقع[١]. ويعبر البعض عن أهمية هذا الشرط بقولهم إنه من "الخصائص الأساسية للقوة القاهرة" أو" من الثوابت القانونية Standards juridiques لهذه النظرية "[٢].

أما بالنسبة للقانون الألماني فإن الأمر يحتاج إلى تفصيل. فقد أشرنا سابقاً إلى أن قانون الالتزامات الألماني ينص على إعفاء المدين من الالتزام إذا اصبح تنفيذه مستحيلاً. وأوضحنا أن القضاء الألماني يفسر الاستحالة المنصوص عليها في هذا القانون بمعنى واسع[٣]. وبالإضافة إلى استحالة التنفيذ، فإن القانون الألماني يعرف نظرية أخرى، هى نظرية "انهيار الأساس التعاقدى" Wegfall der Geschftsgrudlage وهى تواجه اختفاء الأسس الموضوعية التي تعاقد الأطراف على أساس وجودها[٤].

وإذا كان شرط عدم التوقع شرط ضروري وأساسي لتطبيق نظرية استحالة التنفيذ الألمانية بكل صورها بما فيها الاستحالة المطلقة في التنفيذ، وتطبقه المحاكم الألمانية بمعنى واسع فلا تقصره على استحالة التوقع، بل تمده إلى وجود فرص حقيقية لوقوع الفعل[٥]، فإن الأمر على خلاف ذلك فيما يتعلق بنظرية "انهيار الأساس التعاقدي". فعدم التوقع لا يعد شرطاً لتطبيق هذه النظرية. فالفقه يعتبر وجوده مجرد مؤشر على

---

(١) انظر،

LE ROY (D.), Op. cit., p. 24 ; LEBREQUIER (Y.),Op. cit., n° 18, p. 33 ; LESGUILLONS (H.), Op. cit., Lamy, art. 407.

(٢) انظر،

ANTONMATTEI (P. H.), Op. cit., p. 5 et p.43.

والجدير بالذكر أن القانون الفرنسي لا يطبق نظرية الظروف الطارئة فيما يتعلق بالمعاملات فى القانون الخاص، ولذا لا يثور شرط عدم التوقع بالنسبة له.

(٣) راجع سابقاً، بند ٦٣.

(٤) انظر فى تفضيل هذه النظريات، سابقاً، بند ٣١.

(٥) انظر فى هذا المعنى،

LE ROY (D.), Op. cit. p. 86.

وانظر أيضاً نص المادة ١/٢٩٣ من قانون ٥ فبراير ١٩٧٦ الخاص بالعقود الاقتصادية الدولية التى تنص على أن " تعتبر قوة قاهرة، الظروف التى تعوق تنفيذ الالتزام إذا كانت غير متوقعة وقت إبرام العقد، وإذا كان من المستحيل تخطيها باستخدام الوسائل المعتادة فى التجارة الدولية ". انظر فى نصوص هذا القانون،

JDI, 1977, n° 2, pp. 419 - 446.

وجود خطورة أو اختلال كبير في توازن العقد يستوجب تطبيق أحكامها [1].

أما في شريعة Common Law ، فإن تطلب صفة عدم التوقع لتطبيق نظرية الـ Frustrationأمر مختلف فيه. ويرى بعض الفقه أن عدم التوقع يشكل أحد شروط تطبيق نظرية Frustration of contract التي تطبقها هذه الشريعة. ولذا يعرفونها بأنها" حالة الاستحالة التي تتسبب في جعل أحد الأطراف أو كليهما غير قادر على الوفاء بالالتزامات المنصوص عليها في عقد ما وتنشأ عن أي عارض غير متوقع أو مجهول ...."[2] ويذهب رأي آخر في الفقه – بحق – ، على العكس من ذلك، إلى أن عدم التوقع لا يعد شرطاً ضمن شروط تطبيق هذه النظرية [3] . ويستند هذا الرأي في تبريره لموقفه إلى أساس هذه النظرية الذي لا يتمثل في إنقاذ المدين الذي يواجه ظروفاً معينة قد تؤدي إلى استحالة مطلقة تمنعه من تنفيذ التزامه أو إلى اختلال بين التزامه والتزام الطرف الآخر، بحيث يتطلب في هذه الظروف صفة عدم التوقع ، ولكنه يتمثل في هدم للعقد الذي اختلفت عناصره بحيث يصبح الأطراف أمام عقد آخر بخلاف العقد الذي ارتبطوا به. فسواء كانت الظروف التي أدت إلى هذه النتيجة متوقعة أو غير متوقعة، ينفسخ العقد

---

(١) انظر،

PHILIPPE (D.), OP. cit., p. 195 et p. 199.

وقارن فى ذلك الأستاذ (.D) W. RIVKIN الذي يرى أن القضاء الألماني يتطلب خاصية عدم التوقع سواء لتطبيق أحكام استحالة التنفيذ أو نظرية انهيار الأساس التعاقدي، انظر،

Op. cit., p. 178.

أما الأستاذ (.H) LESGUILLONS فيرى أن شرط عدم التوقع غير متطلب لتطبيق المادة ٢٧٥ مدنى. فالأساس فى تطبيق هذه المادة هو استحالة التنفيذ فقط. انظر،

LESGUILLONS (H.), Op. cit., Lamy, art. 390 ; Frustartion, force majeure., op. cit., n° 20, p. 523.

والجدير بالذكر أن قانون ٥ فبراير ١٩٧٦ الخاص بالعقود الاقتصادية الدولية يتطلب هذا الشرط فى الحدث المشكل للقوة القاهرة.

(٢) انظر في هذا التعريف،

KHLILIAN (S. K.), Op. cit., p. 67 ; LE ROY (D.), Op. cit., p. 50

حيث يرى هذا الأخير أن " الأمر يتعلق بشرط أساسي ولكن لا يكفي وحده "، وانظر أيضاً، د. جميل الشرقاوى، مقالة سابقة، ص ٨.

(٣) انظر في ذلك،

VON OMMESLAGHE (P.), Op. cit., p. 19.

تطبيقاً لهذه النظرية [١].

ويشترط القانون السويسري للالتزامات أن يتصف حادث القوة القاهرة بعدم التوقع من جانب المدين المتمسك به لإخلاء مسئوليته. لذا تعرف القوة القاهرة في هذا القانون بأنها "حدث استثنائي مستقل عن إرادة المدين، غير متوقع من الأطراف ..." [٢].

ونظراً لأهمية هذا الشرط في القانون السويسري، فإن رأياً في الفقه يستند إليه في التمييز بين القوة القاهرة والحادث المفاجئ. فالحادث المفاجئ وفقاً لهذا الرأى حدث مرتبط بأنشطة المدين الذي يتمسك به للتخلص من مسئوليته عن عدم التنفيذ دون اشتراط أن يكون هذا الحدث غير متوقع بالنسبة له. أما القوة القاهرة فهي حدث مستقل عن نشاط المدين الذي يتمسك به، بالإضافة إلى كونه غير متوقع من هذا المدين. وقد لاحظ أنصار هذا الرأى أن تطلب عدم التوقع في الحادث المفاجئ لا يكون إلا لتشديد الخطأ الذي ارتكبه المدين أو لتوضيح شرط استحالة الدفع. وأما غياب عدم التوقع فلا يسمح بالقول باستبعاد الحادث المفاجئ [٣].

و بخصوص الظروف الطارئة، فإنه على الرغم من أن هذا القانون لا يتضمن

---

(١) انظر،

DAVID (R.) et PUGSLEY (D.), Les contrats en droit anglais, op. cit., p. 314.

والجدير بالذكر أن الأستاذ " فيليب" (.M. PHILIPPE (D يرى أن صفة عدم التوقع ليست شرطاً من شروط تطبيق النظرية، ولكنها تعد مع ذلك مؤشراً لحجم الاختلاف في هوية العقد فهي غير متطلبة بذاتها ولكنها متطلبة لبيان قدر التغير الذي سببته الظروف. انظر في ذلك،

PHILIPPE (D.), Op. cit., n° 4 - 2.

وانظر فى ذلك أيضاً، د. فتحي عبد الرحيم، أثر انضمام مصر لمنظمة التجارة العالمية على بعض جوانب النظام القانوني الداخلي، مقال مقدم إلى مؤتمر " مستقبل الاقتصاد المصري فى ظل تحرير التجارة العالمية" ، مؤتمر نظمته كلية الحقوق، جامعة المنصورة، القاهرة، ٢٦ - ٢٧ مارس ١٩٩٦، الجلسة الرابعة. وأعمال هذا المؤتمر واردة فى مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، تصدرها كلية الحقوق جامعة المنصورة، العدد التاسع عشر، المجلد الأول والثانى، إبريل ١٩٩٦، وبصفة خاصة المجلد الثانى، ص ٦١٧.

(٢) انظر،

LESGUILLONS (H.), Op. cit., Lamy, art., 390 ; La force majeure et Frustration., Op. cit., p. 523.

(٣) انظر في تفصيل هذه النقطة،

JUNDO (Ch. - A.), Force majeure et cas fortuit dans la responsabilité civile, Mémoire de la faculté de droit de Genève, 1956, p. 79.

نصاً عاماً يأخذ بهذه النظرية، إلا أن الفقه والقضاء قد أسسا تدخل القاضي لتعديل أحكام العقد في حالة الظروف الطارئة على أساس حسن النية وعدم التعسف في استخدام الحق [١]. ويشترط القضاء السويسري لجواز هذا التدخل من جانب القاضي أن يكون الحدث غير متوقع من المدين المتمسك به [٢].

ولا يختلف الأمر بالنسبة لنظرية "eccessiva onerosita" التي يطبقها القضاء الإيطالي لمواجهة التغير في الظروف التي تطرأ بعد إبرام العقد، بحيث يجعل تنفيذ العقد مرهقا لأحد الأطراف. ويعالج القانون هذه النظرية في المواد ١٤٦٧، ١٤٦٨، ١٤٦٩ من القانون المدني [٣]. وتطبيقاً لنص المادة ٢/١٤٦٧ من هذا القانون يتطلب القضاء عدة شروط لإعمال أحكام هذه النظرية، ومن هذه الشروط، أن يكون العقد مستمراً أو متتابع التنفيذ، وأن يكون الحادث استثنائياً وغير متوقع من الأطراف [٤].

ولا يختلف الأمر في القانون الأسباني للالتزامات فيما يتعلق بالقوة القاهرة حيث تتطلب المادة ١١٠٥ منه أن يكون الحدث غير متوقع من الأطراف [٥].

أما بالنسبة للظروف الطارئة في هذا القانون الأخير، فإنه على الرغم من خلو هذا القانون من نص عام يعالج هذه النظرية، فإن القضاء الأسباني، خاصة المحكمة الأسبانية العليا، قد اعتبر أن العدالة وحسن النية من الممكن أن يبررا بشكل استثنائي تعديل العقود عندما تقع أحداث اقتصادية تخل بالتوازن الأساسي للعقد. وتجعل تنفيذ

---

(١) انظر سابقاً، بند ٣١.

(٢) انظر،

DESCHENAUX (H.), Le titre préliminaire du code civile suisse, Traité de droit civil suisse, T. 11, p. 189.

(٣) راجع في ذلك،

VAN OMMESLAGHE (P.), Op. cit., p. 38.

(٤) انظر،

PHILIPPE (D.), Op. cit., p. 206.

(٥) انظر في هذا التعريف،

VAN OMMESLAGHE (P.), OP. cit., p 38.

العقد مرهقاً بشكل كبير لأحد المتعاقدين [1].

وقد عبرت أحكام المحكمة الأسبانية العليا عن شروط تطبيق هذه الفكرة في ثلاثة أحكام صادرة منها هي : الحكم الصادر في مايو ١٩٥٦ ، وحكم في يونيو ١٩٥٩ و١٥ مارس ١٩٧٢[2]. وتكمن هذه الشروط في أن تكون هذه الأحداث قد وقعت بعد إبرام العقد وأن تكون غير متوقعة من الأطراف وخاصة المدين بالالتزام [3] .

وتطلب صفة عدم التوقع في الحدث المشكل للقوة القاهرة أو الظروف الطارئة يجد تطبيقه أيضاً في نصوص وأحكام قانوننا المدني [4] . فالمادة ٢/٦٧٣ التي وردت في خصوص عقد التزام المرافق العامة تحصر خصائص القوة القاهرة في عدم التوقع واستحالة الدفع والاستقلال عن إرادة المدين [5]، حيث تنص على أنه "وللملتزمي هذه المرافق أن يدفعوا مسئوليتهم عما يصيب المرفق من عطل أو خلل يزيد على المألوف في مدته أو في جسامته، إذا أثبتوا أن ذلك يرجع إلى قوة قاهرة خارجة عن إرادة المرفق، أو إلى حادث مفاجئ وقع في هذه الإرادة دون أن يكون في وسع أية إرادة يقظة غير مقدرة أن تتوقع حصوله أو أن تدرأ نتائجه . . ." .

وتشترط المادة ٢/١٤٧ من التقنين المدني هذا الشرط أيضاً ضمن شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة حيث يجرى نصها كالتالي "ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، . . . . . " . ويتفق الفقه والقضاء على أن الحادث المكون للظروف الطارئة يجب أن يكون غير متوقع من المدين وقت إبرام العقد، وأن تقدير

---

(1)Ibid.

(٢) انظر في تفصيل هذه الأحكام،

VAN OMMESLAGHE (P.), Op. cit., p. 39.

(3)Ibid.

(٤)من هذه النصوص المادة ١٦٥، ١٧٦ المتعلقتين بفكرة القوة القاهرة في مجال المسئولية التقصيرية، والمواد ٢١٥، ٢١٧ و ٣٧٣ المتعلقة بالقوة القاهرة في مجال المسئولية العقدية. والجدير بالذكر أنه إذا كانت هذه النصوص لم تذكر شرط عدم التوقع، إلا أن الفقه والقضاء يتفقان في ضرورة توافره لتطبق أحكامها.

(٥)انظر في ذلك.

MABROUK (R.), Op. cit., p. 43.

هذا الشرط مسألة واقع يستقل بها قاضي الموضوع دون رقابة من محكمة النقض [١].

١٣٢- ثانياً : عدم التوقع في قانون التجارة الدولية:

يتطلب قانون التجارة الدولية في الحدث المنتج للقوة القاهرة أو لشرط "إعادة التفاوض" Hardship أن يكون غير متوقع. فبالنسبة لاتفاقيات التجارة الدولية فإن البند الأول من الشرط النموذجي الذي أعدته غرفة التجارة الدولية للقوة القاهرة والظروف الطارئة عام ١٩٨٥ الخاص بأسباب الإعفاء من المسئولية، يتطلب في فقرته الثالثة أنْ يثبت المدين،لإعفائه من المسئولية، أنه لم يستطع بشكل معقول أن يتوقع هذا العائق أو يتوقع آثاره على قدرته على تنفيذ العقد وقت انعقاده [٢].

والحال كذلك بالنسبة للاقتراحات المتعلقة بالظروف الطارئة ، حيث ينص البند الأول من هذه الاقتراحات على أنه "في حالة وقوع إحداث غير متوقعة من الأطراف، من شأنها أن تعدل بشكل أساسي توازن العقد،.... " [٣].

وتسير مبادئ Unidroit المتعلقة بعقود التجارة الدولية على نفس المنوال. فالمادة ٦ - ٢ - ٢ الخاصة بتعريف شرط "إعادة التفاوض" Hardship تنص في الفقرة B منها على أنه "إذا لم يستطع الطرف المضرور أن يأخذ في اعتباره مثل هذه الأحداث وقت إبرام العقد" . وتعبر المادة ٧ - ١ - ١/٧ عن صفة عدم التوقع بقولها "... ليس من المحتمل يأخذه في اعتباره وقت إبرام العقد ...." [٤].

وتشترط عدم التوقع أيضاً اتفاقيات التجارة الدولية التي تعالج فقط القوة القاهرة

(١) انظر على سبيل المثال، د. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، بند ٤٢٠، ص ٨٧٣. ؛ د. حسام الدين كامل الأهواني، النظرية العامة للالتزام ، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الثانية، ١٩٩٥، ص ٣٢١ وما يليها. ؛ د. محي الدين إسماعيل علم الدين، نظرية العقد، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، ١٩٩٤، ص ٤٥٧. وانظر أيضاً، نقض مدني، جلسة ١٩٦٩/١١/١١ ، الطعن رقم ٣١٧ لسنة ٣٥ قضائية، مجموعة أحكام المكتب الفنى، السنة ٢٠، ص ١١٩٣؛ د. محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، المصادر غير الإرادية، ١٩٩٧، مكتبة الجلاء بالمنصورة، ص ٣٥٧ ؛ د. سليمان الطماوى، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، الطبعة الثالثة، ١٩٧٥، ص ٦٧٣، وما بعدها.

(٢) انظر ص ٨ من الشرط.

(٣) البند الأول من هذه الاقتراحات، ص ١٩.

(٤) راجع المواد المذكورة من هذه المبادئ .

دون الظروف الطارئة. فالمادة ١/٧٩ من اتفاقية فينا للبيع الدولي للبضائع تنص على عدم مسئولية المتعاقد الذي لم ينفذ التزامه إذا أثبت أنه "ليس من الممكن أن ننتظر منه، بشكل معقول، أن يأخذ في اعتباره وقت إبرام العقد...." [١].

وقد تبنى القانون الموحد للبيع الدولي للمنقولات المادية لسنة ١٩٦٤ نفس الاتجاه؛ إذ تتطلب المادة ٧٤ منه لإعفاء الطرف الذي لم ينفذ التزامه من المسئولية، أن يثبت أنه، وفقاً لنية الأطراف وقت إبرام العقد، لم يكن ملزماً أن يأخذ في اعتباره وقوع الحدث [٢].

أما بالنسبة لقضاء التحكيم فإنه يؤكد بدوره على ضرورة توافر شرط عدم التوقع في الحدث المشكل للقوة القاهرة أو الظروف الطارئة. ونجد إشارة إلى ذلك في قرار التحكيم الصادر في القضية ٢١٣٩ السابق ذكره حيث عرفت الهيئة حادث القوة القاهرة بأنه "يعتبر قوة قاهرة، بالمعنى الضيق، الحدث الذي تتوافر فيه خصائص عدم التوقع بمعنى أنه، في لحظة وقوعه، لا يوجد أي سبب خاص يجعلنا نعتقد أنه سيقع،..." [٣]. وفي هذه القضية حصرت الهيئة نفسها، وهي تبحث مدى توافر شروط القوة القاهرة، في شرطين هما : عدم التوقع و استحالة الدفع، وانتهت إلى عدم توافر أي من الشرطين. وقد بررت الهيئة رفض وجود شرط عدم التوقع بأن إجراءات التأميم وما ترتب عليها من تهديد للشركات التي كانت صاحبة الامتياز في الاستغلال كانت متوقعة من الشركات المدعى عليها، بل وكانت تعلمها جيداً قبل إبرام العقد. لذا رفضت الهيئة إعطاءها الحق في التمسك بهذه التهديدات لإبرائها من مسئوليتها عن عدم تسليم الكميات المتفق عليها من البترول [٤].

وضرورة توافر شرط عدم التوقع في الحدث المنتج للظروف الطارئة أشار إليها قرار

---

(١) مادة ١/٧٩ من الاتفاقية.

(٢) مادة ١/٤٧ من القانون الموحد للبيع الدولي للمنقولات المادية (لاهاى ١٩٦٤)، ونفس الأمر نجده أيضاً في الشروط العامة للبيع CEE / ONU حيث تنص في المادة ٧٥ على أنه " يمكن أن تعتبر كقوة قاهرة الأحداث الغير متوقعة والتي لا يمكن تجنبها ... ".

(٣) انظر، المجموعة الأولى من قرارات التحكيم الصادرة من غرفة التجارة الدولية، وبصفة خاصة ص ٢٣٨. وانظر أيضاً نفس التعريف في القرار الصادر في القضية رقم ٢٢١٦ لسنة ١٩٧٤، مشار إليه فى المجموعة الأولى من القرارات، ص ٢٢٤ وما يليها.

(٤) انظر في وقائع هذه القضية، المجموعة الأولى من قرارات التحكيم، خاصة ص ٢٣٧. وأنظر أيضاً في نفس الاتجاه قرار التحكيم الصادر في القضية رقم ٢١٤٢ حيث فصلت الهيئة في وقائع متماثلة تماماً للوقائع السابقة.=

التحكيم الصادر في القضية رقم ٢٧٠٨ لسنة ١٩٧٦ [١]. وإذا كانت هيئة التحكيم قد رفضت في هذه القضية الأخذ بفكرة الظروف الطارئة استناداً إلى عدم أخذ القانون الفرنسي بها، وهو القانون واجب التطبيق على العقد ما لم يرد نص في العقد يسمح بتطبيقها، فإننا نتفق مع ما جاء في تعليق الأستاذ "ديران " DERAINS على هذا الحكم من أن القراءة المتأنية لتسبيب هذا الحكم توضح أن دور القانون الفرنسي في هذه القضية كان محدوداً. ويرجع ذلك إلى أن المحكمين قد أشاروا إلى أن ضرورات التجارة الدولية وواقع العقود التجارية الدولية لا يسمحان بمخالفة مبدأ القوة الملزمة للعقد أياً كانت الظروف. فمن الاعتبارات القوية التي جعلت هيئة التحكيم ترفض الأخذ بنظرية الظروف الطارئة ما يرجع إلى ضرورة توقع الأطراف لارتفاع الأثمان والتغيرات التي ستحدث في الأسعار، وأن هذه التغيرات ليست بعيدة عن تصورات الأطراف وتوقعاتهم وقت إبرام العقد. ولهذا السبب لا يحق للبائع أن يطلب الزيادة في الثمن المتفق عليه ولا وقف تنفيذ التزامه بالتوريد [٢].

وفي تعليقه على القرار الصادر في القضية رقم ١٧٨٢ لسنة ١٩٧٢، أشار الأستاذ "ديران " DERAINS إلى غياب شرط عدم التوقع في الصعوبات التي واجهها ممثلو الشركة الألمانية، الذين ينتمون إلى الجنسية الإسرائيلية، في تنفيذ مهامهم في إحدى الدول العربية. وقد تمثلت هذه الصعوبات في الحصول على التأشيرات اللازمة لدخول الأراضي العربية والوصول إلى مكان التنفيذ. وأشار هذا الأستاذ إلى قول العميد "كاربونيه" CARBONNIER في الربط بين شرطي عدم التوقع واستحالة الدفع الواجب توافرهما في شرط القوة القاهرة. فقد أكد على أنه " عندما تكون العقبة متوقعة وقت إبرام العقد، يجب أن يتخذ المدين كل الاحتياطات لتجنبها وتخفيف آثارها بالامتناع عن التعاقد أو بإيجاد حل لها" [٣].

= وقد رفضت هيئة التحكيم أيضاً الاعتراف بوجود القوة القاهرة في هذه التهديدات، انظر المجموعة الأولى من القرارات، ص ١٩٤ وما يليها.

(١) قرار تحكيم غرفة التجارة الدولية، المجموعة الأولى من القرارات، ص ٢٩٧.

(٢) انظر ملحوظة الأستاذ "ديران " DERAINS (Y.) على هذا القرار، خاصة ص ٢٩٧، ٢٩٨ من المجموعة الأولى من القرارات.

(٣) ملحوظة DERAINS (Y.)، على هذا القرار. المجموعة الأولى من القرارات ، ص ٢٣١.

والمتوقع في القضية الماثلة بالنسبة للشركة الألمانية، أو ما كان يجب أن يكون كذلك، هو أن ممثليها من الأصل الإسرائيلي سيواجهون حتماً صعوبات جادة في الدخول لأراضي الدولة العربية بسبب الخلافات الشديدة التي كانت بين إسرائيل والدول العربية في هذه الفترة.

وتطبيق آخر نقابله في القرار الصادر في القضية رقم ٥٦١٧ لسنة ١٩٩٤. ففي هذه القضية تمسكت الشركة المدعى عليها بالمادة ١١٩ من العقد المتعلقة بشرط القوة القاهرة ، وبالمادة ٢/٢ من القانون المدني السويسري التي تعالج نظرية الظروف الطارئة لتخلصه من المسئولية عن عدم توريد الغدد المتفق عليها لعمل الهرمونات المطلوبة.

وقد رفضت هيئة التحكيم هذا الادعاء من المدعى عليها مؤكدة بأن المادة ١١٩ الخاصة بالقوة القاهرة و المادة ٢/٢ مدني سويسري تتطلبان لتطبيقهما أن يكون الحدث غير متوقع من الطرف المتمسك بهما. وتقول الهيئة في ذلك بأن "المادة ١١٩ تسمح للمدين بأن يرفض الاستمرار في تنفيذ التزامه إذا أصبح هذا الالتزام مستحيلاً من الناحية الموضوعية بسبب ظروف لا يد له فيها. ولا تعتبر الظروف الخاصة مستحيلة إلا إذا لم يأخذها المدين في اعتباره وقت إبرام العقد .... ويشير شرط الظروف الطارئة إلى وجود تغير جوهري وغير متوقع في التنفيذ المتبادل لالتزامات الأطراف... ولا تنطبق المادة ٢/٢ من القانون المدني السويسرى إلا إذا كانت التغيرات غير متوقعة وقت إبرام العقد". واستطردت الهيئة بعد ذلك في قولها "ومن الواضح مما سبق أن مفهوم القوة القاهرة لا ينطبق في الحالة الماثلة لأن الآثار الثانوية ، كما هي موصوفة في الوقائع المتقدمة. لا يمكن أن تعتبر غير متوقعة بالمعنى العام "(١).

---

(١) قرار تحكيم غرفة التجارة الدولية الصادر فى القضية رقم ٥٦١٧ لسنة ١٩٨٩، وارد فى،
JDI, 1994, p. 1048.

المطلب الثاني
نطاق عدم التوقع وصوره

١٣٣- سنحدد في هذا المطلب على التوالي، نطاق عدم التوقع، أى ما يجب توقعه وما لا يجب، وطرق التعبير عن هذا الشرط في قانون التجارة الدولية.

١٣٤- أولاً : المقصود بعدم التوقع ونطاقه :

إذا كان الفقه والقضاء يجتمعان على ضرورة توافر شرط عدم التوقع في الحدث المشكل للقوة القاهرة و شرط "إعادة التفاوض Hardship"، فإنهما يفترقان في تحديد نطاق هذا التوقع. ولذا فالصعوبة الحقيقية التي يثيرها هذا الشرط تكمن، في الواقع، في تحديد المقصود به والنطاق الذي يتحدد به. والجدير بالذكر أن التساهل أو التشدد في تحديد نطاق عدم التوقع يؤثر بشكل كبير على نطاق تطبيق كل من القوة القاهرة أو شرط "إعادة التفاوض Hardship". فتبني مفهوم مرن لعدم التوقع يعنى إدخال أحداث كثيرة لا يمكن إدخالها لو طبقنا المفهوم المتشدد له. فما يكون غير متوقع وفقاً لمعيار استحالة التوقع لا يكون كذلك وفقاً لمعيار الاحتمال الجاد في التوقع، كما سوف نرى لاحقاً.

وقبل أن نشرع في بيان المقصود بعدم التوقع وتحديد نطاقه، نود أن نلفت النظر إلى مسألتين هامتين في هذا الصدد:

(١) – ليس هناك حدث متوقع وآخر غير متوقع بطبيعته [١]. أو بمعنى آخر لا يوجد ما يسمى عدم التوقع المطلق للحدث أو للفعل، فعدم التوقع له مفهوم نسبي [٢]. أو بالأحرى كما يقول البعض، صفة عدم التوقع لا تقدر بذاتها وإنما بعلاقتها بالظروف الأخرى المعاصرة للعقد [٣]. ويترتب على ذلك أن الظواهر الطبيعية والظروف الاقتصادية والاضطرابات

---

(١) انظر فى هذا المعنى،
LESGUILLONS (H.), Op. cit., Lamy, art. 388 ; MABROUK (R.), Op. cit., n° 57, p. 76.

(٢) د. رشوان حسن رشوان أحمد، أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة للعقد، عرض لفكرة ملاءمة العقد للظروف الاقتصادية، الطبعة الأولى، ١٩٩٤، ص ٤٢٧، هامش ٣؛ د. على محمد على عبد المولى، الظروف التى تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري، مرجع سابق، ص ٢٤١.

(٣) د. على محمد عبد المولى. رسالة سابقة، ص ٢٢٩.

السياسية قد تكون متوقعة في ظل ظروف معينة، وقد لا تكون كذلك في ظل ظروف أخرى. فالأمر يختلف وفقاً لظروف كل حالة على حدة. ومن هنا تأتي صعوبة إعداد قائمة محددة بالأحداث التي تعتبر غير متوقعة يمكن تطبيقها على كل أنواع العقود وفي كل الظروف [١].

وتطبيقاً لهذه الفكرة قضت محكمة النقض المصرية بأن الرياح أو العاصفة غير المنتظرة يصح أن تعتبر قوة قاهرة، ونقضت حكم محكمة الموضوع الذي قضى بان الرياح على إطلاقها لا تعتبر قوة قاهرة [٢]. وقد قضت محكمة استئناف ليون Lyon بأن "كل حدث لا يمكن أن يكون متوقعاً أو غير متوقع في حد ذاته، فهذا يعتمد على الظروف التي يقع خلالها هذا الحدث" [٣].

(٢) - كل عقد يتضمن قدراً معيناً من المخاطر يقبلها الأطراف أو من المفروض أن يقبلوها عند إبرام العقد. ويطلق الفقه على هذه المخاطر اسم "المخاطر العادية aléas normals" [٤]. هذا النوع من المخاطر يكون متوقعاً، أو يجب أن يكون كذلك من قبل الأطراف عند دخولهم التعاقد. فالتوقع يميز الحياة الاقتصادية وبصفة خاصة عندما يتعلق الأمر بمعاملات دولية يسود فيها الحذر واستخدام التكنولوجيا المتقدمة في إعداد الإحصائيات والدراسات اللازمة قبل إبرام العقد. فتحرص الشركات دائماً قبل دخولها في مثل هذه العقود أن تجرى دراسات مستفيضة تتعلق بالتخطيط المالى للمشروع واحتمالاته وتحليلات للتدفقات النقدية بغرض تحديد المردود المتوقع لاستثماراتها [٥]. ولذا فإن الأطراف ملتزمون بالتنبؤ بوقوع بعض الظروف والأحداث التي يمكن أن تقع

---

(١) انظر فى هذا المعنى،
EL MAHI (H.), Op. cit., n° 47 , p. 80 ; VOIRIN (P.), Op. cit., p. 146 ; POMMIER (J - Ch.), La résolution du conflit de lois en matière contractuelle en présence d'une élection de droit : Le rôle de l'arbitre, JDI, 1992, p. 18.

(٢) نقض مدنى مصرى، ١٩٨٧/٤/٢٨، مجموعة أحكام المكتب الفني، السنة ٣٨، ص ٦٢٨. وانظر فى خصوص الفيضان، نقض مدني، جلسة ١٩٦٣/٤/١٨، الطعن رقم ٩٩ لسنة ٢٨ قضائية، مجموعة أحكام المكتب الفني، السنة ١٤، ص ٥٦٠.

(3)Cour d'appel de Lyon, 5 juillet 1951, D. 1952, p. 37.

(٤) انظر فى هذا المصطلح،
VOIRIN (P.), Op. cit., p. 148 ; LESGUILLONS (H.), Op. cit., Lamy, art. 399.

(٥) راجع فى ذلك. د. عصام الدين القصبى، المرجع السابق، بند ٦٠، ص ١٤٠.

أثناء تنفيذ عقدهم [١]، وأن يقوموا بكل ما يمكن عمله من بحث ودراسة للإحاطة بظروف العقد وطرق تنفيذه. ويعبر عن ذلك الأستاذ "فينيامين" VENIAMIN بقوله "يوجد دائماً مقدار من عدم التوقع يرتبط بطبيعة العقد" [٢].

ويطبق قضاء التحكيم التجاري الدولي هذه الفكرة. ففي غالبية الأحكام التي يصدرها هذا القضاء نجد الإشارة، وإن كانت بشكل غير مباشر، إلى فكرة المخاطر العادية التي تتضمنها العقود الدولية. ويُذَكِّر المحكمون دائماً المتعاقدين بواجبهم في توخي الحرص والحيطة أثناء تنفيذ عقدهم، وفي حماية أنفسهم ضد هذه المخاطر بإدراج ما يشاءون من الشروط التي تحقق هذا الغرض، فإن أهملوا في ذلك، فعليهم تحمل تبعة هذه المخاطر وما ينتج عنها [٣]. وقد عبر عن هذا جيداً الأستاذ "ديران" DERAINS في تعلقيه على القرار الصادر في القضية رقم ٢٧٠٨ بقوله " إن تغير الظروف وتوقع هذا التغير ليس بعيداً أو أجنبياً عن هذه العقود (يقصد العقود الدولية) . فالأطراف يجب أن يكونوا على علم بأن هناك تغيرات سوف تحدث بالنسبة للسعر، وهذا ما يحقق للبعض بعض المزايا. وفي مثل هذه العمليات، التي يحدث فيها نوع من المضاربة، فإن التغيرات في مجال تنفيذ العقد تكون واردة بشكل مسلم به . . . " [٤]. ولذا فإن إبرام عقد بيع في فترة تهبط فيها الأسعار بصفة عامة، يجعل المزيد من انخفاض السعر متوقعاً من الأطراف. وإبرام عقد عمل في فترة تسود فيها التقلبات الاقتصادية يجعل الإضراب متوقعاً [٥].

ويتمشى هذا الاتجاه مع أحكام القضاء المصري؛ إذ قضت محكمة النقض في أحد أحكامها بأن " بوادر الانفتاح الاقتصادي وقت التعاقد تجعل غلاء الأسعار أمراً متوقعاً

---

(١) انظر في ذلك، د. عبد الوهاب بن سعد الرومي، رسالة سابقة، ص ٣٢٥ ؛ د. على محمد عبد المولى، رسالة سابقة، ص ٢٥٤.

(٢) انظر،
VENIAMIN (V. L.), Essai sur les donnés économiques de l'obligation civile, Paris, 1931, p. 376.

(٣) انظر ملحوظة الأستاذ "ديران" DERAINS (Y.) على قرار التحكيم الصادر في القضية رقم ٢١٣٩، وارد في. المجموعة الأولى من القرارات، ص ٢٣٧.

(٤) ملحوظة الأستاذ " ديران " DERAINS (Y.) على قرار التحكيم الصادر في القضية رقم ٢٧٠٨ لسنة ١٩٧٦، وارد في،
JDI, 1977, p. 943.

(5)Ibid.

وليس حادثاً فجائياً" [1].

ويشير قرار التحكيم الصادر في القضية رقم ٥٦١٧ لسنة ١٩٨٩ إلى هذا القدر من المخاطر العادية التي تكون متوقعة من الأطراف ويفترض قبولهم لها، بقوله "في مجال الكيمياء الخاصة بالطب والمنتجات الصيدلية، هناك آثار ثانوية جديدة يتم اكتشافها بمرور الوقت. ولهذا السبب فإن السلطات المختصة بالصحة العامة تقدم على التعاقد رغبة في معرفة هذه الآثار الجديدة" [2]

١٣٥- ١- المقصود بعدم التوقع : المفهوم المتشدد والمفهوم المرن لعدم التوقع :

وإذا انتقلنا بعد ذلك إلى تحديد المقصود بعد التوقع، فإنه يجب القول بأن عدم التوقع يتم تقديره بشكل واقعي بحسب ظروف كل حالة على حدة. وقد يتم هذا التقدير بشكل متشدد، أو على العكس قد يتم بشكل مرن. والتقدير المتشدد لهذا الشرط هو الذي كان سائداً لفترة طويلة خاصة في القضاء الوطني الذي كان يفسر عدم التوقع باستحالة التوقع Impossibilité de prévoir . فالأحداث غير المتوقعة، في ظل هذا المفهوم. هى الأحداث مستحلية الوقوع، أى التي ليس من الممكن أبداً أن تقع [3]. وتطبيقاً لذلك عبرت محكمة النقض الفرنسة عن هذا المفهوم المتشدد لعدم التوقع بقولها "إن الحدث غير المتوقع هو الحدث الذي يكون مستبعداً من كل توقع إنساني" [4]. ومازالت محكمة النقض الفرنسية تتمسك بهذا المفهوم المتشدد لعدم التوقع حتى في بعض الأحكام الحديثة نسبياً. فقد قضت في أحد أحكامها الصادرة عام ١٩٨٩ بأن "عدم التوقع يعنى استحالة وقوع الحدث، فكل حدث ممكن وقوعه يكون متوقعاً" [5]. وقد

(١) نقض مدنى مصرى، ١٩٨٣/٥/٣١، الطعن رقم ١٣٥٧ لسنة ٤٩ قضائية، مجموعة أحكام المكتب الفني، السنة ٣٤، ص ١٣٤٦.

(٢) قرار التحكيم الصادر في القضية رقم ٥٦١٧ لسنة ١٩٨٩ وارد في،
JDI, 1994, n° 4, pp. 1041 - 1054

(٣) انظر،
. MABROUK (R.), Op. cit., n° 30, p. 47

(٤) انظر فى هذا المفهوم،
.LEBREQUIER (Y.), OP. cit., p. 39

.(5)Cass. civ., 1ère ch., 31 mai 1989, Bull. transp. 1989, p. 513

عبر بعض الفقه عن موقف القضاء الفرنسي في هذا الصدد بقوله "الانطباع الأول الذي يظهر لنا من الأحكام القضائية هو أن القضاء يتشدد في تقدير خصيصة عدم التوقع ولا يسمح بتوافرها بسهولة " [١].

وتتبنى هذا المفهوم أيضاً بعض آراء الفقه [٢]، وأحكام القضاء المصري. وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بان" القوة القاهرة بالمعنى الوارد في المادة ١٦٥ من القانون المدني تكون حرباً أو زلزالاً أو حريقاً، كما يمكن أن تكون أمراً إدارياً واجب التنفيذ بشرط أن تتوافر فيه استحالة التوقع واستحالة الدفع" [٣]. وتتبنى بعض قرارات التحكيم التجاري الدولي هذا المفهوم لشرط عدم التوقع [٤].

والواقع أن التقدم العلمي والتكنولوجي الذي يسود كل أنشطة الحياة الآن جعل تقريباً كل الأحداث متوقعة، أو على الأقل حصر مجال عدم التوقع في نطاق ضيق، هذا من ناحية [٥]. ومن ناحية أخرى فإن تبني معيار استحالة التوقع سيؤدي إلى رفض فكرة عدم التوقع في ذاتها، فلا توجد أحداث غير متوقعة بشكل مطلق [٦]. و يعبر عن ذلك الأستاذ "تنك " TUNC بقوله "وفقاً لهذا المفهوم لن يكون هناك شيء غير متوقع، لا الحروب ولا الفيضانات ولا الصواعق ... ... " [٧].

---

(١) انظر،

MESTRE (J.), Obligations et contrats spéciaux, obligations en générale force majeure et .sort du contrat, RTD. civ., 1990, pp. 658 - 660

(٢) انظر على سبيل المثال، د. محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، المرجع السابق، قس الموضع.

(٣) نقض مدني، جلسة ١٩٧٦/١/٢٩، الطعن رقم ٤٢٣ لسنة ٤١ قضائية، مجموعة أحكام المكتب الفني، السنة ٢٧، ص ٣٤٣.

(٤) انظر على سبيل المثال، قرار غرفة التجارة الدولية، سنة ١٩٩٢، وارد فى،

.JDI, 1993, p. 1028, et s

(٥) انظر فى علاقة التوقع بوسائل التكنولوجيا الحديثة، د. حسبو الفزارى، رسالة سابقة، ص ٣٤٣.

(٦) قريب من هذا المعنى، د. رضا محمد إبراهيم عبيد، رسالة سابقة، بند ٣٤٢، ص ٤٤٦.

(7)TUNC (A.), Op. cit. n° 17, p. 254 ; RADOUANT (J.), Op. cit., p. 160 ; PONTIER (J. - M.),=

ونظراً للانتقادات الموجهة لهذا المفهوم المتشدد، لم يسلم به بعض الفقه. و نادى بمفهوم أكثر مرونة لمفهوم عدم التوقع. ويقيس هذا المفهوم المرن خصيصة عدم التوقع بما يسمى "الاحتمال الجاد لوقوع الفعل Probabilité sérieuse"[١]. وتختلف تعبيرات الفقه عن هذا الاحتمال الجاد في تقدير عدم التوقع. فالبعض يعبر عنه بضرورة تفسير شرط عدم التوقع بطريقة "أكثر معقولية Plus raisonable "[٢]. أو "بطريقة معقولة d'une facon raisonable "[٣]. والبعض يشير صراحة إلى الاحتمال المعقول لوقوع الحدث كمعيار لهذا الشرط وذلك بقولهم "إن معيار عدم التوقع يقودنا إلى أن نأخذ في اعتبارنا الاحتمالات المعقولة لوقوع الحدث "[٤]. وبنفس الطريقة عبر "الأخوة مازو (هنري وليون) " MAZEAUD عن هذه الفكرة بقولهم "يكون الحدث غير متوقع إذا لم يكن هناك سبب خاص يجعلنا نعتقد بأنه سيقع "[٥].

ويقصد بمعيار الاحتمال الجاد لوقوع الفعل وجود فرص معقولة تشير إلى إمكانية وقوع الفعل، أو بمعنى آخر وجود فرص حقيقية تسمح بالقول بأن الحدث سيقع[٦]. فلكي يستبعد المحكم أو القاضي خصيصة عدم التوقع يجب أن تكون هناك درجة كبيرة من الاحتمال ترجح وقوع الحدث. ولهذا يرفض الفقه والقضاء مجرد الاحتمال الغامض

=L'imprévision, Rev. du droit pub., 1986, 1, p. 8.

(١) انظر فى هذا المصطلح،

MAZEAUD (H. - L.) et CHABAS (F.), Op. cit., p. 689.

(٢) انظر ،

CARBONNIET (J.), Droit civil, Les obligations, 1975, p. 250 ; Droit civil, T. 4, Les obligations, PUF, 14 ° éd., 1990, p. 304 ; RIPERT (G.) et BOULANGER (J.), Traité de droit civil, d'après le traité de PLANIOL, 1956, n° 807.

(٣) انظر،

WEILL (A.), Droit civil, Les obligations, 1975, n° 413.

(٤) انظر،

RADOUANT (M.), Note sous cour d'appel de Paris, 30 juin 1958, JCP, éd. G., 1959, 11, 11105, p. 18.

(5)MAZEAUD (H. - L.) et CHABAS (F.), Op. cit., p. 689.

(٦) انظر فى هذا المعنى،

MABROUK (R.), Op. cit., n° 53, p. 78.

Probabilité vague ، أو غير الواضح لوقوع الفعل لاستبعاد عدم التوقع. ففرص وقوع الفعل يجب أن تكون جادة ومعقولة[١].

وتقدير مدى جدية ومعقولية هذه الفرص أمر متروك لقاضي الموضوع الذي يتمتع بحرية كبيرة في هذا الصدد. فمن الصعب وضع حدود جامدة يبدأ عندها الاحتمال الجاد لوقوع الفعل.

وقد تحول القضاء الفرنسي عن المفهوم المتشدد لعدم التوقع، وهجر معيار استحالة التوقع بفضل الاجتهادات الفقهية التي كُرست لنقد هذا المفهوم [٢] . ومن هذه الاجتهادات، بالإضافة إلى ما سبق ذكره، ما نادى به الأستاذ "كوران" CORRAN من ضرورة التركيز على الأحداث التي من المتصور عقلاً توقعها عند التعاقد بدلاً من الاعتماد على استحالة توقعها [٣]. وأصبح القضاء يقيس عدم التوقع بمعيار "غير متوقع بشكل عادى Normalement imprévisible " أو " غير متوقع بشكل معقول " Raisonablement imprévisible [٤].

و يأخذ القضاء المصري بدوره بالاحتمال الجاد لوقوع الفعل كمقياس لشرط عدم التوقع. وتقدير هذا الاحتمال الجاد و تقدير وجود سبب خاص يبعث على احتمال وقوع الحدث. أمر متروك لقاضي الموضوع يقدره وفقاً لظروف كل حالة على حدة [٥].

---

(١) انظر فى ذلك،

MAZEAUD (H. L.) et CHABAS (F.), Ibid ; MABROUK (R.), Op. cit., n° 33, p. 51.

(٢) نذكر على سبيل المثال، حكم محكمة استئناف " كولمار " COLMAR الذي تبنى فكرة الاحتمال الجاد لوقوع الفعل وأكد على أن " الاحتمال غير الواضح لوقوع الحدث لا يمنع من القول بأنه غير متوقع، كما أن تبني التفسير المتشدد للشرط سيؤدي بنا إلى القول بأن كل الأحداث وكل الوقائع متوقعة " .

(3) Cour d'appel de colmar, 7 JUIN 1968, JCP, 1969, 16146.

وانظر فى العديد من أحكام النقض الفرنسي،

MABROUK (R.), Op. cit., n° 32, p. 49.

CORRAN (A.), La grève et la force majeure, étude de jurisprudence, cah. jur. de l'élec. Et du Gaz, 1958, p. 33.

(٤) انظر فى هذا المعنى،

KHAIRALLAH (G.), Le raisonable en droit privé français, développements récents, RTD. civ., 1984, p. 439 ; LEBREQUIER (Y.), Op. cit., n° 22, p. 41.

(٥) انظر فى ذلك، =

وقد قضي تطبيقاً لذلك بأنه " لما كان يشترط لاعتبار الحادث قوة قاهرة عدم إمكان توقعه واستحالة دفعه، فإذا تخلف أحد هذين الشرطين انتفت عن الحادث صفة القوة القاهرة. ولا يلزم لاعتباره ممكن التوقع أن يقع وفقاً للمألوف من الأمور، بل يكفي لذلك أن تشير الظروف والملابسات إلى احتمال حصوله ولا يلزم أن يكون المدين ق علم بهذه الظروف"[(١)].

ويطبق قضاء التحكيم أيضاً معيار الاحتمال الجاد في قياس شرط عدم التوقع. وتطبيقاً لذلك عرفت هيئة التحكيم عدم التوقع في القضية رقم ٢٢١٦ لسنة ١٩٧٤ بقولها " يعنى عدم التوقع أنه في لحظة وقوع الحدث لا توجد أية أسباب خاصة تدل على أنه سوف يقع " [(٢)].

وتأخذ اتفاقيات التجارة الدولية بهذا المفهوم المرن لعدم التوقع. فالمادة ٧٤ من القانون الموحد للبيع للمنقولات المادية لسنة ١٩٦٤ (L.U.V.I) والمادة ٧٩ من اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع ١٩٨٠ (C.V.I.M) تنصان على أن الحدث يعد غير متوقع إذا لم يكن ممكناً أن يأخذه المدين في اعتباره وقت إبرام العقد [(٣)]. وكذلك المادة ٦-٢-٢ المتعلقة بتعريف شرط "إعادة التفاوض" Hardship والمادة ٧-١-٧ المتعلقة بالقوة القاهرة من مبادئ Unidroit تعبران عن هذا المفهوم المرن بقولهما إن الحدث يعد غير متوقع بالنسبة للمدين " إذا لم

=MABROUK (R.), Op. cit., n° 53 ; p. 78 ; ABDEL GAWAD (M.), La force obligatoire du contrat en droit musulman et théorie de l'imprévision en droit Egyptien, th., paris, 1957,= p. 442.

(١) نقض مدني، جلسة ١٩/١٢/١٩٦٨، الطعن رقم ١٩٠ لسنة ٣٤ قضائية، مجموعة أحكام المكتب الفنى، السنة ١٩، ص ١٥٥١، وبصفة خاصة ص ١٥٦٠ و ص ١٥٦١. وانظر أيضاً حكم استئناف الإسكندرية، ٧ فبراير ١٩٥٦ الذي قضى بأن مجرد الاحتمال الغامض لا يكفى لاستبعاد التوقع، بل يجب أن هناك احتمال جاد، أى وجود فرص حقيقية لوقوع الفعل. حكم مشار إليه فى،

MABROUK (R.), OP. cit., p. 78 .

(٢) قرار التحكيم الصادر في القضية رقم ٢٢١٦ لسنة ١٩٧٤، وارد في،

JDI, 1975, p. 917, obs. DERAINS (Y.).

وبنفس المصطلحات السابقة عرفت الهيئة صفة عدم التوقع في القرار الصادر في القضية رقم ٢٣١٩ لسنة ١٩٧٤، انظر المجموعة الأولى من القرارات، ص ٢٣٧.

(٣) انظر المادة ٧٤ من هذا القانون والمادة ٧٩ من اتفاقية فيينا ١٩٨٠.

يكن من المعقول أن ننتظر منه أن يأخذه في اعتباره وقت إبرام العقد " [١].

١٣٦- ٢- نطاق عدم التوقع :

وإذا تطرقنا إلى الحديث عن نطاق عدم التوقع، فإن التساؤل الذي يفرض نفسه في هذا المقام هو : على ماذا يرد عدم التوقع ؟ أو بمعنى آخر هل يجب أن يمتد عدم التوقع إلى النتائج المترتبة على وقوع الحدث أم يكتفي بألا يتوقع المدين وقوع الحدث نفسه دون نتائجه؟

والواقع أن الإجابة على هذا التساؤل ليست محل اتفاق من الفقه. فالبعض يرى أن عدم التوقع يجب أن يشمل الحدث والنتائج التي يرتبها هذا الحدث. فعدم توقع أحدهما فقط لا يؤدى إلى انطباق أحكام القوة القاهرة أو شرط " إعادة التفاوض " [٢]. بينما يركز البعض الآخر من الفقه على النتائج التي تترتب على وقوع الحدث في تحديد نطاق عدم التوقع. فإذا كانت هذه النتائج غير متوقعة، فإن صفة عدم التوقع تعد متوافرة حتى ولو كان الحدث نفسه متوقعاً، والعكس صحيح [٣].

ومن دراسة الفروض المختلفة التي من الممكن أن يختلف فيها عدم توقع الحدث عن عدم توقع نتائجه، يتضح لنا أن هذه الفروض لا تخرج عن أربعة :

الأول، ويكون فيه الحدث ونتائجه متوقعين من جانب المدين، كما لو توقع هذا المدين، بسبب وجود خلافات سياسية بين دولته ودولة المشروع الأجنبي، سحب رخص تصدير المنتجات محل العقد نظراً لقيمتها الاستراتيجية، مما قد يؤدي إلى وضعه في استحالة تمنعه من توريد هذه المنتجات إلى المشروع الأجنبي.

الثاني، وفيه يكون الحدث وآثاره غير متوقعين من المدين، كأن يبرم عقد بيع محصول

---

(١) انظر هذه المواد في مبادئ UNIDROIT. أما الاقتراح الذي قدمته غرفة التجارة الدولية بخصوص نظرية الظروف الطارئة "Imprévision" فقد عرف عدم التوقع في عبارة بسيطة وهي " ألا يكون الحدث متوقعاً من الأطراف non prévus par les parties ". انظر الاقتراح المقدم من غرفة التجارة الدولية، وارد في منشور غرفة التجارة الدولية رقم ٤٢١، الفقرة رقم ١، ص ١٩

(٢) انظر بخصوص عدم انطباق أحكام شرط " إعادة التفاوض " فى هذه الحالة،
EL MAHI (H.), Op. cit., n° 53, p. 84 et 85.

(٣) فى نفس المعنى، د. رشوان حسن رشوان أحمد، أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة للعقد، مرجع سابق، بند ١٦٢، ص ٤٤٥ و ٤٤٦.

زراعي بين مشروعين تابعين لدولتين مختلفتين، ثم تأتى آفة غير متوقعة تطيح بالمحصول وتجعل تنفيذ عقد البيع مستحيلاً أو مرهقاً.

وفي هذين الفرضين لا تثور صعوبة عملية في تحديد مدى توافر صفة عدم التوقع. فشرط عدم التوقع يعد متوافراً في الفرض الثاني دون الأول. ولا خلاف في ذلك.

الثالث، وفيه يتوقع المدين الحدث دون أن يتوقع آثاره أو لا يقدر بشكل جيد النتائج التي تترتب عليه. من ذلك أن يتوقع المدين وقوع فيضان أو إضراب أو حدث سياسي أو اقتصادي معين دون أن يتوقع أو يقدر نتائج وقوع هذا الحدث على تنفيذ التزامه في العقد.

وفي الرابع تكون النتائج متوقعة من المدين بينما يكون الحدث الذي يرتب هذه النتائج غير متوقع منه. ويتصور هذا الفرض عندما يتوقع المدين وجود آثار معينة تؤثر في التزامه دون أن يتمكن من ربط هذه الآثار بوقوع حدث بعينه وقت إبرام العقد. ففي عقود التوريد وعقود الإنشاءات طويلة المدة قد يتوقع المورد أو المقاول المختص بالإنشاء زيادة مطردة في التزامه أو يتوقع انخفاضاً في العائد من التوريد أو المقابل الذي يتقاضاه دون أن يتمكن من إسناد هذه الزيادة أو هذا الانخفاض إلى أحداث معينة، كأن يكون سببها مجرد تقلبات في الأسعار.

وفي الفرضين الأخيرين يختلف الفقه حول مدى اعتبار شرط عدم التوقع متوافراً. فالبعض يرى - وبحق - أن شرط عدم التوقع لا يعد متوافراً في الفرضين معاً، لأن عدم التوقع يجب أن يرد على الحدث وعلى نتائجه أيضاً [1]. أما الرأى الآخر في الفقه فيعطى الأهمية في تقدير وجود عدم التوقع إلى عدم توقع نتائج الحدث فقط؛ بمعنى أن الشرط يتوافر عندما لا يتوقع المدين أثار الحدث حتى ولو كان الحدث نفسه متوقعاً [2]. وإعمال هذا الرأى يقتضي القول بتوافر شرط عدم التوقع في الفرض الثالث دون الرابع.

١٣٧- ثانياً : صور التعبير عن عدم التوقع في عقود التجارة الدولية :

تتنوع صور التعبير عن عدم التوقع من عقد لآخر. ومن دراسة الشروط التعاقدية

---

(١) انظر،

EL MAHI (H.), Op. cit., p. 84 et 85.

(٢) انظر، د. رشوان حسن رشوان أحمد، رسالة سابقة، نفس الموضع.

المدرجة في العقود المتاحة لنا، يمكننا إجمال هذه الصور بصفة عامة في صورتين:

١ - الصيغ العامة للتعبير عن شرط عدم التوقع :

يذكر الأطراف في بعض العقود صراحة شرط عدم التوقع دون أن يتبعوه بأي وصف آخر يميزه أو يحدده. ومثال ذلك الشرط الذي ينص على أنه "..... في حالة وقوع أحداث اقتصادية غير متوقعة Imprévisibles "[١] والشرط الذي ينص على "... ظروف غير عادية وغير متوقعة non imprévues "[٢]. وكذلك الشرط الذي يحدد عدم التوقع في الأحداث بأنها " أحداث غير متوقعة أو مستبعدة من التوقعات المسموح بها للمشتري والبائع "[٣].

وفي بعض الأحيان يتبع الأطراف صفة عدم التوقع بعبارة عادي أو معقول "normal، raisonable". ومن أمثلة هذا النوع، الشرط الذي حدد فيه الأطراف صفات الأحداث التي تشكل شرط "إعادة التفاوض" Hardship بأنها " ... الظروف التي تتجاوز التوقعات العادية للأطراف ...en déhors des previsions normales des parties"[٤]. وكذلك الذي ينص على أن الأحداث غير المتوقعة هي " كل حدث أو ظرف أو حالة لا يستطيع البائع بشكل معقول أن يتوقعها أو يتجنبها "[٥].

وإذا كانت الصور السابقة لشرط عدم التوقع تتميز بسهولتها ووضوحها، إلا أنها قد تثير بعض الصعوبات في تحديد النية الحقيقية للأطراف خاصة عندما يستخدمون مصطلحات لا تعبر صراحة عن نيتهم.

---

(١) شرط مشار إليه في.

FONTAINE (M.), Op. cit., p. 257.

(٢) مشار إليه في.

Ibid.

(٣) مشار إليه في.

PHILIPPE (D.), Op. cit., p. 250.

(٤) مشار إليه في.

FONTAINE (M.), Op. cit., p. 257.

(٥) مشار إليه في.

Ibid ; PHILIPPE (D.), Op. cit., p. 248.

٢- الصيغ الخاصة للتعبير عن عدم التوقع :

يقصد بالصيغ الخاصة في هذا المقام أن الأطراف لا يقتصرون على ذكر مصطلح عدم التوقع مجرداً، ولكنهم يخصصون بعض الأحداث ، ويعتبرونها غير متوقعة في مفهوم عقدهم، أو على العكس يستبعدون هذه الخصيصة عن بعض الأحداث ويجعلونها متوقعة في وجهة نظرهم. ومن أمثلة الشروط التي تعبر عن هذه الصيغ الخاصة، ذلك الذي اتفق فيه الأطراف على أنه " ... في حالة وجود تفسير جديد لقوانين الاستيراد أو في حالة وجود تعديلات في موقف المشتري أو الوفاة أو وقف الدفع ... "[١]، والشرط الذي ينص على أنه " .... في حالة وقوع أحداث اقتصادية (تعديلات في النقد مع استبعاد المشار إليها في المادة الخامسة من العقد) .... "[٢].

في هذا النوع من الشروط، يحدد الأطراف مسبقاً أحداثاً معينة يفترضون أنها غير متوقعة أو على العكس، ويكونوا بذلك قد أعفوا المحكم أو القاضي من البحث في مدى توافر هذا الشرط في الحدث الذي تم تحديده. فتعتبر هذه الأحداث متوقعة أو غير متوقعة بمجرد وقوعها حتى ولو كانت مخالفة للواقع من الناحية العملية.

وإذا كانت هذه الصياغات الخاصة تتسم بوضوحها في التعبير عن نية الأطراف في هذا الصدد، فإنها تثير التساؤل عن كيفية حل التناقض الذي يبدو ظاهرياً بين فكرة عدم التوقع و التوقع المسبق للأطراف لبعض الأحداث. ويمكننا التعبير عن هذا التناقض بالسؤال الآتي : هل توقع الأطراف لأحداث معينة يحول دون تمسكهم بتطبيق أحكام القوة القاهرة أو بشرط " إعادة التفاوض Hardship " على أساس أنها متوقعة منهم؟.

الإجابة على هذا التساؤل محل اتفاق من جانب غالبية فقه التجارة الدولية. فيذهب الفقه - وبحق - إلى أن تحديد الأطراف المسبق لبعض الأحداث لا ينفي صفة عدم التوقع عن هذه الأحداث. فلو أن الأطراف قد توقعوا ظهور هذه الأحداث، فإنهم لم يتوقعوا مداها والوقت الذي ستستمر خلاله، ولم يتوقعوا كذلك أثر هذه الأحداث على السريان العادي لتنفيذ العقد، ومقدار المجهودات المتطلبة لإزالة النتائج الضارة التي سببتها هذه

---

(١) مشار إليه في،
CABAS (F.), Op. cit., 68.

(٢) مشار إليه في،
Op. cit., p. 66

الأحداث [1]. وبمعنى آخر فإنه إذا كان التوقع يرد على جانب معين من هذه الأحداث وهو الوقوع، فإن باقي الجوانب تظل غير متوقعة.

وإعمالاً لذلك، قد يوصف الحدث بأنه متوقع أو غير متوقع بحسب المدة التي سيستغرقها الحدث. وقد أيدت محكمة النقض الفرنسية، تطبيقاً لذلك، حكم محكمة الاستئناف الذي قضى بوجود حالة قوة قاهرة منعت البنك من فتح اعتماد لعملائه تتمثل في إضراب عمال هذا البنك . وقد كان الإضراب قد بدأ قبل انعقاد العقد مما يعني أنه كان متوقعاً. وقد بنت محكمة الاستئناف حكمها على أساس أن الإضراب قد استمر فترة طويلة وهذا في حد ذاته كان غير متوقع من الأطراف. فالمحكمة قد افترضت أن المتعاقدين قد أقدموا على التعاقد متوقعين انتهاء الإضراب في فترة قليلة، وبذلك يتمكنون من تنفيذ التزاماتهم بينما خالف الواقع هذه التوقعات [2] . وبالتالي فإن عدم التوقع في هذه الحالة لم يكن يتعلق بالإضراب ذاته، ولكنه تعلق بصفة الاستمرار فيه [3].

---

(١) انظر في ذلك،

CABAS (F.), Op. cit., p. 70 et 71 ; LE FICHANT (F.), Op. cit. p. 131 ; OPPETIT (B.), Op. cit., p. 501.

(٢) نقض تجاري فرنسي، ٨ مارس ١٩٨٥، وارد في،

JCP, 1985, IV, p. 178.

وانظر أيضاً في نفس الاتجاه، نقض تجاري فرنسي، ١٢ نوفمبر ١٩٦٩، وارد في،

JCP, 1971, II, 16791, not. JUGLART et PONTAVICE.

(٣) انظر في هذا المعنى،

LE ROY (D.), Op. cit., p. 182 et 183 ; VOITRIN (P.), Op. cit., 145.

المبحث الثاني
تقدير عدم التوقع

١٣٨- إن تقدير شرط عدم التوقع ، سواء فيما يتعلق بالوقت الذي يجب أن يتم فيه هذا التقدير، أو فيما يتعلق بالمعيار الذي يتم على أساسه، مسألة خلافية، وإن كان هذا الخلاف يحتدم أكثر فيما يتعلق بمعيار التقدير عما يتعلق بالوقت الذي يجب أن يتم فيه هذا التقدير.

وهذا ما سوف نبينه من خلال عرضنا في المطلب الأول لوقت تقدير عدم التوقع، وفي المطلب الثاني لمعيار هذا التقدير.

المطلب الأول
وقت تقدير عدم التوقع

١٣٩- الأصل أن يتم تقدير عدم التوقع وقت إبرام العقد. ولكن التساؤل الذي يطرح نفسه هل يجب أن يستمر عدم التوقع أثناء تنفيذ العقد ؟ هذا ما سوف نجيب عليه في هذا المطلب.

١٤٠- أولاً : وقت إبرام العقد هو لحظة تقدير عدم التوقع :

يتفق الفقه وتتواتر أحكام القضاء على أن تقدير شرط عدم التوقع يتم وقت إبرام العقد. ففي هذا الوقت يفترض أن الأطراف قد واجهوا كل الفروض المحتملة لتنفيذ عقدهم، وأخذوا في اعتبارهم كل الظروف المحيطة بالعقد [١].

ويترتب على ذلك أنه إذا أقدم أحد المتعاقدين على التعاقد مع علمه بوجود أحداث من الممكن أن تعوق التنفيذ المستقبلي للعقد، سواء بجعله مستحيلاً أو بجعله مرهقاً، فلا يستطيع بعد ذلك التمسك بأحكام شرط القوة القاهرة أو بأحكام شرط "إعادة التفاوض" [٢].

ويقول بعض الفقه ، في تبريره لهذه النتيجة، إن الطرف الذي يقبل التعاقد مع علمه بأنه لن يستطيع كلية تنفيذ التزامه، أو أنه لن يستطيع تنفيذه بالشكل المنصوص عليه في العقد بسبب ظروف كانت متوقعة بالنسبة له، فإنه يكون قد تصرف بسوء نية، ويكون قد ارتكب خطأ يوجب حرمانه من التمسك بعدم مسئوليته أو التمسك بإعادة التفاوض في العقد [٣].

---

(١) انظر في ذلك،

LE ROY (D.), Op. cit., p. 25 ; LEBREQUIER (Y.), Op. cit., p. 142.

(٢) " قريب من هذا المعنى.

MAZEAUD (H. L.) et CHABAS (F.), Op. cit., n ° 1576.

(٣) " انظر.

LEBREQUIER (Y.), Op. cit., n° 107, p. 143 ; RIPERT (G.), et BOULANGER (J.), OP. cit., p. 807.

وقد أوضح بعض الفقه أساس القاعدة التي توجب تقدير عدم التوقع وقت إبرام العقد بقولهم "إن وقت إبرام العقد هو اللحظة التي يقدر ويزن فيه كل متعاقد الالتزامات والحقوق الناتجة من العقد، ويتساءل عما إذا كان يمكنه تكملة تنفيذ التزاماته. فالمتعاقد لا يجب أن يترك تنفيذ التزامه للصدفة أو يخضع المتعاقد الآخر لحكمها" (١).

وتجد هذه القاعدة تأييداً كبيراً من الفقه والقضاء في مصر (٢)، وفي فرنسا (٣). وكذلك في القوانين التي تعالج فكرة القوة القاهرة أو الظروف الطارئة (٤).

ولا تحيد اتفاقات التجارة الدولية عن هذه القاعدة (٥). و نفس الأمر في قضاء التحكيم. ولذا رفض المحكمون في عدد كبير من القضايا التمسك بالقوة القاهرة أو

(1)MAZEAUD (H. J.), Note sous, cass. civ., 1ere ch., 7 mars, 1966, JCP, 1966, 11, 14878.

(٢) انظر على سبيل المثال، د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، الجزء الأول، مرجع سابق، بند ٥٨٨، ص ٨٧٨ ؛ د محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، مرجع سابق، الجزء الأول، المصادر الإرادية، ص ٣٥٦ ؛ والجزء الثاني، المصادر غير الإرادية، بند ١٠٠، ص ٨٩ ؛ د. حسام الدين كامل الأهواني، مرجع سابق، بند ٤٣٤، ص ٣٢١ ؛ د. عبد الوهاب على بن سعد الرومي. رسالة سابقة، بند ١٢٨، ص ٣٣٢ ؛ وانظر أيضاً،
MABROUK (R.), Op. cit., n° 58, p. 85 .

(٣) انظر على سبيل المثال،
CARBONNIER (J.), Op. cit., p. 245 ; WEIL (A.), Op. cit., n° 413 ; FARJAT (G.), Op. cit., p. 344 ; LE ROY (D.), OP. cit., p. 25 ; LEBREQUIER (Y.), OP. cit., p. 142.

(٤) من هذه القوانين. قانون الالتزامات السويسري. وقانون التجارة الأمريكي الموحد. انظر فى ذلك،
LE ROY (D.), Op. cit., p. 81 et s , p. 93 et s.
ونفس الأمر أيضاً فيما يتعلق بالقانون الأسباني، سواء فيما يتعلق بالقوة القاهرة إعمالاً للمادة ١١٠٥ من القانون المدنى، أو فيما يتعلق بالظروف الطارئة كما يتطلب القضاء الأسباني، أنظر فى ذلك،
VAN OMMESLAGHE (P.), OP. cit., p. 38 et s.

(٥) والجدير بالذكر أنه بالنسبة للقانون الإنجليزي، لا تهتم المحاكم الإنجليزية بأن يكون الحدث الذى أدى إلى استحالة التنفيذ أو اختلاف الغرض الاقتصادي للعقد غير متوقع من الأطراف،. فلا يعد شرط عدم التوقع ضمن شروط تطبيق نظرية Frustration of contract ، وبالتالي لا تثور مسألة وقت تقدير عد م التوقع بالنسبة لهذا القانون. انظر بخصوص عدم تطلب شرط عدم التوقع بالنسبة لهذا القانون،
DAVID (R.) et PUGSLEY (D.), Op. cit., p. 314.
انظر على سبيل المثال، المادة ٧-١-٧ من مبادئ Unidroit الخاصة بالقوة القاهرة، والمادة ٦-٢-٢ الخاصة بشرط الـ Hardship، وكذلك المادة ١/٧٩ من اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع، والمادة ١/٧٤ من القانون الموحد للبيع الدولي للأشياء المنقولة، وأنظر أيضاً فيما يتعلق بالعقود الدولية المادة ٩٢ من القانون الألماني الصادر فى ٥ فبراير ١٩٧٦ الخاص بالعقود الاقتصادية الدولية.

بشرط "إعادة التفاوض" Hardship على أساس علم المتعاقد بالظروف التي يتمسك بها وقت إبرام العقد أو على أساس افتراض علمه بها. وهذا الأمر يبدو واضحاً في القرار الصادر في القضية رقم ٢١٤٢، حيث رفضت هيئة التحكيم حجة الشركة المدعى عليها بأن التأميمات والتهديدات التي قامت بها دولة جنسية الشركة تعد بالنسبة لها قوة قاهرة تعفيها من تنفيذ التزامها. وردت الهيئة على هذا الدفع بأن " أزمة التأميمات كانت قد بدأت قبل إبرام العقد، وكانت محل أحاديث في الصحافة، وكذلك القرارات الحكومية العديدة التي اتخذتها الدولة التي تحمل الشركة جنسيتها كانت قد اتُخذت قبل إبرام العقد" [١]. وفي قضية أخرى أكدت هيئة التحكيم أن " البائع كان يعلم قبل انعقاد العقد باللوائح الفرنسية في مجال تصدير اللحوم. ويعلم ما هي اللحوم المقبولة وفقاً لقرار وزير الزراعة الصادر في ٢٥ إبريل ١٩٦٤ الذي تم نشره في الجريدة الرسمية" [٢]، ولذا لا يجوز له بعد ذلك أن يتمسك بعدم توقعه صدور قرار من الحكومة الفرنسية برفض تصدير اللحوم إليها.

وفي قضية أخرى برهنت الهيئة بالحجة الدامغة على علم المتعاقد بانخفاض سعر البترول قبل انعقاد العقد حيث استفاد هو نفسه من هذا الانخفاض و أكدت على أنه " لقد وصلت درجة علم الشركة X بوجود انخفاض في سعر البترول إلى أنها استفادت، قبل انعقاد العقد، من مؤتمر طهران وانخفاض سعر البترول من ٣,١٥ إلى ١,٨٥ دولار للبرميل. وبالتالي فإن هذه الشركة كانت تتوقع انخفاضاً مستمراً في سعر البترول " [٣]، ولا يجوز لها بعد ذلك أن تدعى عدم توقعها لهذا الانخفاض وقت إبرام العقد.

ويساوي قضاء التحكيم بين علم المدين الحقيقي للظرف قبل انعقاد العقد، وبين افتراض علمه به. ففي القضية رقم ٣٠٩٣/٣١٠٠ أشارت هيئة التحكيم إلى أنه " .... في هذه الظروف قد علمت الشركة X ، أو كان من المفروض عليها أن تعلم بأن دولتها توجد في موقف مالي صعب على مستوى الخطة المالية وخطة البنك المركزي ..... وكان

---

(١) قرار تحكيم غرفة التجارة الدولية، الصادر في القضية رقم ٢١٤٢ لسنة ١٩٧٤، وارد في، المجموعة الأولى من القرارات، ص ١٩٤.

(٢) قرار تحكيم غرفة التجارة الدولية، الصادر في القضية رقم ٣١٣٠ لسنة ١٩٨٠، وارد في. المجموعة الأولى من القرارات، ص ٤١٧.

(٣) قرار تحكيم غرفة التجارة الدولية، الصادر في القضية رقم ٢٢١٦ لسنة ١٩٧٤، وارد في، المجموعة الأولى من القرارات، ص ٢٢٤.

يجب عليها أن تحصل على النقد الأجنبي المطلوب والضمانات الضرورية لحظة إبرام العقد " [1].

و يطبق القضاء الأمريكي أيضاً نفس المبدأ [2]. ففي قضية Easternairlines v. Gulf Oil Corp. رفضت محكمة جنوب فلوريدا حجة شركة "جلف أويل" بوجود القوة القاهرة التي تعفيها من التزاماتها والتي تتمثل في أزمة الطاقة التي سببها الارتفاع الكبير في سعر البترول العالمي والذي أدى إلى أن تنفيذ العقد لم يعد ممكناً لها من الناحية التجارية. أسست المحكمة رفضها لهذه الحجة على أنه " مع التسليم بأن التزامات شركة "جلف أويل " Gulf Oil أصابها اختلال كبير في مرحلة التنفيذ .... فإن أزمة الطاقة كانت متوقعة بشكل معقول raisonnablement prévisible وقت إبرام العقد، ولذا فهي تخرج من نطاق المادة ٦١٥ - ٢ من القانون التجاري الموحد.... " [3].

١٤١- ثانياً : استمرار عدم التوقع أثناء تنفيذ العقد :

يتجه الرأي السائد في الفقه والقضاء إلى أن تقدير شرط عدم التوقع يجب أن يتم وقت إبرام العقد. بيد أن التساؤل يثار لمعرفة ما إذا كان توقع الحدث بعد إبرام العقد وأثناء التنفيذ يمنع من التمسك بحالة القوة القاهرة أو بشرط "إعادة التفاوض "Hardship". و بمعنى آخر هل يمكن الحديث عن عدم التوقع أثناء تنفيذ العقد، أم يلزم وجوده فقط

---

(١) انظر المجموعة الأولى من القرارات، ص ٣٦٥ وما بعدها، وانظر في نفس الاتجاه القرار الصادر في القضية رقم ٥٦١٧ لسنة ١٩٨٩، وارد في.

JDI, 1994, p. 1041.

(٢) وفي نفس الاتجاه القانون المصري والألماني. انظر في القانون الفرنسي،

LARROUMET (CH.), Droit civil, T. III, les obligations, 1ère Partie, Economica, 1986, p. 700.

وانظر في القانون المصري،

MABROUK (R.), Op. cit., p. 85.

وانظر في القانون الألماني،

LE ROY (D.), Op. cit., p. 67.

(٣) مشار إليها في.

ULLMAN (H.) , Op. cit., p. 895.

والجدير بالذكر أن هذه المادة تجيز فسخ العقد متى أصبح تنفيذه مستحيلاً من الناحية التجارية. والاستحالة التجارية هنا تتشابه بالاستحالة الاقتصادية التي يعرفها القانون الألماني.

عند إبرام العقد ؟.

إن الإجابة على هذا التساؤل ليست محل اتفاق من الفقه. فالبعض لا يتطلب خصيصة عدم التوقع إلا وقت إبرام العقد فقط. ولذا يرون أن صيرورة الحدث متوقعاً أثناء تنفيذ العقد، بعد أن كان غير متوقع وقت إبرام هذا العقد لا يمنع من التمسك بأحكام القوة القاهرة أو بأحكام شرط "إعادة التفاوض Hardship "[1].

أما الجانب الآخر من الفقه فيرى أن التوقع اللاحق للحدث بعد إبرام العقد لا يبرئ المدين من المسئولية، حيث يقع عليه في هذه الحالة عبء بذل الجهود الممكنة لإزالة العوائق التي تؤثر في تنفيذ العقد سواء لتجعله مستحيلاً أم مكلفا. ولذا فإن الفعل يعد بالنسبة له متوقعاً، ومن ثم لا يجوز التمسك بأحكام أى من الشرطين.[2].

والواقع أن الصعوبات الناتجة من تقدير عدم التوقع وقت إبرام العقد تأخذ أهمية كبيرة عندما يمر وقت طويل بين إبرام العقد وتنفيذه. فالحدث يمكن أن يكون غير متوقع بالنسبة للأطراف لحظة إبرام العقد ثم يصبح أثناء تنفيذ العقد متوقعاً لهما أوعلى الأقل لأحدهم. ولا يمكن القول بحرمان هذا المتعاقد من التمسك بأحكام شرط القوة القاهرة أو بأحكام شرط "إعادة التفاوض Hardship " إذا أصبح الحدث متوقعاً بالنسبة له أثناء تنفيذ العقد. فالحدث كان غير متوقع بالنسبة له وقت إبرام العقد، ولذا أقدم على التعاقد وهو حسن النية ولم يرتكب أى خطأ يمكن مساءلته عليه. ولكن يقع عليه، في المقابل، حماية للمتعاقد الآخر إخطاره بالصعوبات التي ظهرت أثناء تنفيذ التزامه، وبالآثار السيئة المتوقعة لهذه الظروف على تنفيذ العقد. فإذا قصر في واجب الإخطار، يلتزم بتعويض المتعاقد الآخر عن الأضرار التي تصيبه من جراء عدم القيام به. وفي جميع الحالات، لا يصل الأمر إلى حد حرمانه من التمسك بأحكام أى من الشرطين.

---

(١) انظر،

MAZEAUD (J.), Observations, RTD. civ., 1948, p. 67.

(2)LEBREQUIER (Y.), Op. cit., p. 145.

المطلب الثاني
معيار تقدير عدم التوقع

١٤٢- إذا كانت ضرورة توقع الأحداث المستقبلية سمة من سمات الحياة التجارية الدولية، وإذا كانت قدرة الأطراف على التوقع تختلف من فرد لآخر ومن مشروع لآخر، فإن تطور الحياة العلمية وتقدم وسائل الإحصاء وشبكات المعلومات أدى إلى إفلات كثير من الأحداث من طائفة الأحداث غير المتوقعة بحيث صار من الممكن القول بأن كل شيء أصبح متوقعا. ومع ذلك فإن التطور المستمر في الأحدث، واختلاف الواقع من حين لآخر، خاصة إذا تعلق الأمر بعقد دولي قد يبقي عشرين أو ثلاثين عاماً، يظهر دائماً الحاجة إلى معيار يتم على أساسه تقدير التوقع.

وفي البحث عن هذا المعيار نقابل اتجاهين، الأول يأخذ بالمعيار الشخصي أو الإرادى، والثاني يتبنى المعيار الموضوعي.

وسوف نبحث على التوالى في هذا المطلب، المقصود بكل من المعيارين. ومدى غلبة أى منهما في القوانين الوطنية و في قانون التجارة الدولية.

١٤٣- أولاً : المعياران الشخصي والموضوعي في تقدير عدم التوقع:

ينهض التقدير الشخصي لشرط عدم التوقع على عناصر شخصية بحتة خاصة بالمدين in concerto. فهو يراعى ظروف المتعاقد الشخصية، مثل مركزه من الناحية الاجتماعية والثقافية، وقدرته العقلية وطبيعة عمله، وكذلك الوسائل التي في مكنته والتي تعينه على التوقع [1]. وتطبيقاً لهذا المعيار يلتزم المحكم أو القاضي بتحديد ما إذا كان الحدث متوقعاً أو على العكس غير متوقع بالنسبة لهذا المدين نفسه دون الاعتداد بأية ظروف خارجية أخرى [2].

ففي حالة صدور قانون يفرض رسوماً أو إجراءات إدارية جديدة تجعل تنفيذ الالتزام بالتوريد صعباً أو مستحيلاً من الناحية القانونية. أو حدوث إضراب، أو كارثة طبيعية

---

(١) انظر فى هذا المعنى، د. حسب الرسول الشيخ الفزارى، رسالة سابقة، ص ٢٣٧ و ٢٣٨.

(٢) انظر،

LEBREQUIER (Y.), Op. cit., n° 19, p. 34.

حالت دون تنفيذ التزام المدين، فإن تقدير مدى توقع هذه الأحداث سيكون وفقاً لنية المتعاقدين، ووفقاً للصفات الشخصية الخاصة بهما.

ويؤخذ على هذا المعيار عدة مآخذ منها:

يقوم هذا المعيار على عوامل نفسية وذهنية داخلية يصعب التحقق من وجودها، كما أن التباين الكبير في ظروف وقدرات الأشخاص والتناقض في توقعاتهم يؤدى بدوره إلى تنوع الحلول واختلاف الآراء [١].

يترتب على الأخذ بهذا المعيار القول بوجود أحداث غير متوقعة وفقاً لنية الأطراف، بينما لا تكون كذلك من الناحية الواقعية. فقد لا يتوقع المدين حدثاً معيناً يتوقعه الشخص المعتاد إذا وجد في نفس التعاقد. ولذا فهو يؤدى إلى نتائج تخالف الواقع في بعض الحالات[٢].

يؤخذ على هذا المعيار أيضاً، كما يقول بعض الفقه، أنه غير منطقي وغير عادل. فهو غير منطقي لأنه يخالف المنطق القانوني السليم الذي يقضي بتوحيد الأحكام الصادرة في موضوع واحد لا التمييز بينها بحسب الصفات التي يتميز بها كل متعاقد. وإذا "تعلق الأمر بوضع معايير، فإنه يجب التوحيد بينها حتى ولو اقتضى الحال بناءها على الغالب الأعم من الأحوال" [٣]. وهذا المعيار أيضاً غير عادل لأنه يميز بين المتعاقدين دون مبرر، فهو يحابى طائفة على حساب طائفة أخرى لمجرد أن هذه الأخيرة تتمتع بعلم أكثر أو بوسائل أكبر تمكنها من التوقع بنسبة أكبر من الأولى. فما يكون غير متوقع بالنسبة للأولى قد لا يكون كذلك بالنسبة للثانية.

وتفاديا لهذه الانتقادات السابقة، تؤيد غالبية الفقه الأخذ بالمعيار الموضوعي أو بالتقدير المجرد لعدم التوقع in abstracto. ويقيس هذا المعيار درجة عدم التوقع، لا بالظروف الشخصية للمتعاقد المدين، وإنما بالظروف والأحوال التي تحيط بالعملية

---

(١) انظر، د. عبد الوهاب على بن سعد الرومي، رسالة سابقة، بند ١٣٧، ص ٢٣٧ ؛ د. حسب الرسول الشيخ الفزارى، رسالة سابقة، ص ٢٤٠.

(٢) انظر، د. جعفر عبد السلام، رسالة سابقة، ص. ٥٦٣ ، وانظر فى نفس المعنى،
LEBREQUIER (Y.), Op. cit., n° 21, p. 37.

(٣) د. رشوان حسن رشوان أحمد، رسالة سابقة، بند ١٦٢، ص ٤٤٠.

التعاقدية نفسها [1]. فهو يفترض وجود شخص معتاد في نفس الظروف التي تواجد فيها المدين، ولذا فهو يعتمد على عناصر خارجية موضوعية [2].

وحتى يكون الحدث غير متوقع، وفقاً لهذا المعيار، يجب ألا يكون في مقدور الشخص العادي أن يتوقع حدوثه ولو وجد في نفس ظروف المدين وقت التعاقد، بصرف النظر عن توقع هذا المدين فعلاً وقوع هذا الحدث أو عدم توقعه [3].

والمعول عليه في هذا المعيار هو ألا يكون متوقعاً من قبل رجل معتاد من أفراد الناس [4]، وليس رجل من أشد الناس يقظة وتبصراً كما يقول البعض [5]. فهذا المعيار لا يتطلب أن يكون المتعاقد "من ذوي التفكير الثاقب أو العبقرية الفذة، كما أنه لا يتطلب أن يكون هذا المتعاقد من ذوي التفكير الضحل أو الهمة المتقاعسة أو من المهملين ذوي الغفلة، وإنما يتطلب هذا المعيار شخصاً وسطاً بين الاثنين، ممن تتكون منهم أغلبية أفراد المجتمع" [6].

ووجه النقد الذي يمكن توجيهه إلى هذا المعيار هو تجاهله التام للجانب الشخصي للمتعاقدين واستناده إلى عناصر موضوعية بحتة.

١٤٤- ثانياً : غلبة المعيار الموضوعي في قرارات التحكيم، والمعيار الشخصي في اتفاقيات التجارة الدولية

يختلف الفقه على مستوى القوانين الوطنية في الأخذ بالمعيار الشخصي أو الموضوعي في تقدير شرط عد م التوقع. فإذا كان جانب من الفقه يؤيد الاستناد إلي ظروف المدين

---

(١) د. على محمد على عبد المولى، رسالة سابقة، ص ٢٢٩.

(٢) انظر فى نفس المعنى،
MABROUK (R.), Op. cit., n° 35, p. 54 ; LEBREQUIER (Y.), Op. cit., n° 21, p. 37.

(٣) د. حسام الدين كامل الأهواني، مرجع سابق، نفس الموضع.

(٤) انظر على سبيل المثال، د. عبد الفتاح عبد الباقي، مرجع سابق، نفس الموضع.

(٥) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، بند ٥٨٨، ص ٨٧٨.

(٦) د. حسب الرسول الشيخ الفزارى، رسالة سابقة، ص ٣٤٠، وفى نفس المعنى، د. عبد السلام الترمانتينى، نظرية الظروف الطارئة، دار الفكر، ١٩٧١، ص ١٣٩ ؛ د. عبد الوهاب سعد الرومي، رسالة سابقة، بند ١٢٨، ص ٣٢٧ وما يليها.

الشخصية، وقدراته الخاصة لمعرفة ما إذا كان الحدث متوقعاً أم لا[1]، فإن غالبية الفقه تأخذ بالمعيار الموضوعي أى معيار الشخص المعتاد في نفس ظروف المدين المتعاقد[2].

ومع أن القضاء الوطني، خاصة القضاء الفرنسي يتردد كثيراً في الأخذ بأحد المعيارين[3]، فإنه " من الصعب أن نميز، وفقاً لأحكام القضاء، ما إذا كان عدم التوقع يجب أن يمتد إلي المدين نفسه، أم إلي شخص آخر موضوع في نفس الظروف "[4]، فإن المعيار الموضوعي له الغلبة في تطبيقات قضاء التحكيم التجاري الدولي[5].

---

(١) انظر في ذلك،

RODIÈRE (R.), Droit des transports ferroviaires et par batellerie, 1958, n° 884 ; TUNC (A.), Note sous cass., 1 ère ch. civ, 30 Novembre 1960, D., 1961. P. 122.

(٢) انظر على سبيل المثال فى الفقه المصري، د. عبد الفتاح عبد الباقي، مرجع سابق، ص ٣٠٧؛ د. محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، المصادر الإرادية، مرجع سابق، ص ٣٥٦ ؛ المصادر غير الإرادية، بند ١٠٠، ص ٨٩ ؛ د. حسام الدين كامل الأهواني، مرجع سابق، ص ٣٢١، ٣٢٢؛ د. عبد الوهاب على بن سعد الرومي، رسالة سابقة، ص ٢٧؛ د. حسين عامر ، القوة الملزمة للعقد، مطبعة مصر، ١٩٤٩، ص ٤٠٤. وانظر أيضاً،

EL - GAMMAL (M. - M.), Op. cit., p. 231.

وانظر على سبيل المثال فى الفقه الفرنسي،

MAZEAUD (H. et L.) et TUNC (A.), Op. cit., n° 1576 ; FARJAT (G.), Droit privé de l'economie, T. 11, 1975, p. 344 ; DE JEAN de LA BATIE (N.), Appréciation " in abstracto et " in concerto " op. cit., p. 80, n° 89 ; LEBREQUIER (Y.), Op. cit., n° 20 , p. 34 ; ALTER (M.), Op. cit., n° 46, p. 9.

(٣) أما بالنسبة للقانون الفرنسي، فإن الفقه والقضاء يتفقان في أن تقدير عدم التوقع يتم بمعيار موضوعي، انظر في ذلك،

MABROUK (R.), Op. cit., p. 79.

ويبدوا أن الأمر مستقر فى القانون المصرى على الأخذ بالمعيار الموضوعى فى قياس عدم التوقع، انظر على سبيل المثال، نقض مدنى، جلسة ١٩٦٢/٥/١٠، الطعن رقم ٣٥٩ لسنة ٢٦ قضائية، مجموعة المكتب الفنى، السنة ١٣، ص ٦٢٩؛ نقض مدنى، جلسة ١٩٧٠/٥/١٥، الطعن رقم ٥٣٢ لسنة ٣٥ قضائية، مجموعة المكتب الفنى، السنة ٢١، ص ٧٨٧ ؛ نقض مدنى، جلسة ١٩٧٥/٣/٤، الطعنان رقم ٥٨ و ٦٥ لسنة ٤٠ قضائية، مجموعة المكتب الفنى، السنة ١٦، ص ٥١٥.

(٤) انظر في هذا المعنى،

LEBREQUIER (Y.), Op. cit., p. 34.

وانظر في مختلف الأحكام التي صدرت عن القضاء الفرنسي وتطبق المعيارين، ص ٤١ من نفس المرجع، خاصة هامش ٣ و ٤.

(5)OPPETIT (B.), L'adaptation des contrats internationaux, op. cit., p. 801.; TERKI (N. E.), op. cit., p. 18.

ويتطلب قضاء التحكيم قدراً من الاحتياط والعناية في توقع الحدث من جانب المتعاقد الذي يتمسك بالحدث. فإذا أهمل هذا المتعاقد أو لم يقم بالعناية الكافية المتطلبة منه، فلا يمنحه قضاء التحكيم حق التمسك بعدم توقع الحدث. وهذا ما يعكسه جيداً قول هيئة التحكيم في القضية رقم ٦٢٨١ لسنة ١٩٨٩ " ... وفضلاً عن ذلك، فإن الارتفاع في الثمن كان متوقعاً. فالبائع المعتاد كان يمكنه أن يتوقع أن ثمن الحديد الفولاذ سيرتفع حتى بنسبة أكبر من نسبة الارتفاع التي حدثت "[١]. ونجد تطبيق آخر في القرار الصادر في القضية رقم ٥٦١٧ لسنة ١٩٨٦ الذي أكدت فيه هيئة التحكيم على أن " يقاس عدم التوقع بوضع أحد الأشخاص في نفس ظروف المدين لمعرفة ما إذا كان من الممكن أن يأخذ في اعتباره الحدث وقت إبرام العقد "[٢].

والجدير بالذكر أن المعيار الشخصي لا يختفي تماماً في قضاء التحكيم الدولي، بل قد يلجأ إليه المحكم كوسيلة تدعم قراره بعدم توافر صفة عدم التوقع التي سبق وأن قدرها وفقاً للمعيار الموضوعي. هذا المسلك في قضاء التحكيم نجده واضحاً في القرار الصادر في القضية رقم ٢٢١٦ لسنة ١٩٧٤. ففي تفسيرها لغياب شرط عدم التوقع في الأحداث المثارة كقوة قاهرة من الشركة X، استندت هيئة التحكيم إلي أن هذا الانخفاض كان متوقعاً من أي شركة بترولية أخرى موضوعة في نفس ظروف هذه الشركة. واستندت أيضاً، لتأكيد عدم التوقع، إلي سلوك هذه الشركة نفسها حيث استفادت من الانخفاض الذي حدث في الأثمان[٣].

وإذا كان قضاء التحكيم يتبنى المعيار الموضوعي في تقدير صفة عدم التوقع، فإن هذا المعيار لا يجد صداه في اتفاقيات التجارة الدولية. فاتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع (فيينا ١٩٨٠) تنص في الفقرة الأولى من المادة ٩٧ على أن "لا يُسأل المتعاقد عن عدم تنفيذ أي من التزاماته، إذا أثبت أن عدم التنفيذ يرجع إلى عائق مستقل عن إرادته ، وأنه ليس من المعقول أن نطلب منه أن يأخذه في اعتباره وقت إبرام العقد... "[٤].

(١) قرار تحكيم غرفة التجارة الدولية الصادر في القضية رقم ٦٢٨١ لسنة ١٩٨٩، وارد في،
JDI, 1989, p. 1114, obs. ALVAREZ (A. G.).

(٢) قرار تحكيم غرفة التجارة الدولية،وارد في.
JDI, 1994, n° 4, p. 1041.

(٣) قرار تحكيم غرفة التجارة الدولية، وارد في المجوعة الأولى من القرارات، ص ٢٢٤.

(٤) مادة ٧٩ من اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع.

ونفس الأمر نجده في الشرط النموذجي الذي أعدته غرفة التجارة الدولية للقوة القاهرة والظروف الطارئة. ففيما يتعلق بالقوة القاهرة تنص الفقرة الثانية من البند الأول من أسباب الإعفاء من المسئولية على أنه لإعفاء المدين من المسئولية يجب أن يثبت أنه "لم يستطع بشكل معقول أن يأخذ في اعتباره هذا العائق أو آثاره على موقفه في تنفيذ العقد وقت إبرامه " [١]. وبشكل أكثر وضوحاً عبر الشرط عن المفهوم الشخصي فيما يخص الظروف الطارئة بقوله في الفقرة الأولى "في حالة ما إذا كانت هذه الأحداث غير متوقعة من الأطراف " [٢].

ولا تخالف مبادئ Unidroit هذا النهج، لا بخصوص القوة القاهرة ولا بخصوص شرط Hardship. فالمادة ٧-١-٧ التي تتعلق بالقوة القاهرة تتطلب لانتفاء مسئولية المدين عن نتائج عدم التنفيذ أن يثبت أنه "...... لم يكن من المعقول أن ننتظر منه أن يأخذ الحدث في اعتباره وقت إبرام العقد " [٣]. أما بالنسبة لشرط "إعادة التفاوض" Hardship فنجد أن المادة ٦-٢-٢ تنص في الفقرة (b) على أن المدين يجب أن يثبت أنه "...لم يستطع، لحظة إبرام العقد، أن يأخذ في اعتباره هذه الأحداث " [٤].

ويتضح من العرض السابق لمختلف النصوص التي وردت في اتفاقيات التجارة الدولية أنها تعتمد على المعيار الشخصي في قياس صفة عدم التوقع. فهي تعول دائماً على شخص المدين أو المضرور. فيكفي لاعتبار الحدث غير متوقع في مفهوم هذه الاتفاقيات ألا يأخذه هذا المدين في اعتباره لحظة إبرام العقد أو ألا يكون من المعقول أن نلزمه أن يأخذه في اعتباره.

ومع ذلك نجد إشارة إلي المعيار الموضوعي في تقدير شرط عدم التوقع في المادة ٧٤ من القانون الموحد للبيع الدولي للمنقولات المادية لسنة ١٩٦٤. فبعد أن عولت المادة أولاً على المعيار الشخصي ممثلاً في نية الأطراف المتعاقدة لقياس عدم التوقع بنصها في

---

(١) الشرط النموذجي لغرفة التجارة الدولية، ص ٨.

(٢) الشرط النموذجي السابق، ص ١٩.

(٣) مادة ٧-١-٧ من المبادئ.

(٤) مادة ٦٠٢٠٢ من المبادئ السابقة.

الفقرة الأولى على أن " لا يكون المتعاقد مسئولاً عن عدم تنفيذ أي من التزاماته، إذا اثبت أن عدم التنفيذ يرجع إلى الظروف التي، وفقاً لنية الأطراف وقت إبرام العقد، لم يكن ملزماً أن يأخذها في اعتباره .... "، نجد أنها في نفس الفقرة تنص على أنه " وفي غياب نية الأطراف يجب أن نبحث عن نية الأشخاص المعتادين الذين لهم نفس الصفة والموضوعين في موقف مشابه "[1].

وما يلفت الانتباه في هذه المادة أنها وضعت المعيار الموضوعي في المرتبة الثانية بعد المعيار الشخصي، فهي توجب أولاً تقدير توقع الأحداث وفقاً لنية الأطراف المتعاقدين لحظة إبرام العقد " d'après les intentions des parties lors de la conclusion du contrat ". وفي حالة عدم التمكن من اللجوء إلى هذه النية فيتم تقدير الأحداث وفقاً لنية الأشخاص المعتادين الذين لهم نفس الصفة والذين يتواجدون في موقف مشابه des personnes raisonables de même qualité placées dans une situation identique[2].

(١) الفقرة ١ من القانون الموحد للبيع.

(٢) انظر الفقرة السابقة.

الفرع الثاني
استقلال الحدث عن إرادة المدين

١٤٥- يأخذ المحكمون في اعتبارهم – عند فصلهم في مدى توافر شروط القوة القاهرة أو شروط شرط "إعادة التفاوض" Hardship – مسلك المدين وتصرفاته سواء التي صدرت عنه أو التي كان من المفروض أن تصدر عنه . فتقدير سلوك المدين عنصر هام من العناصر التي يعول عليها القضاة والمحكمون في ترتيب آثار أى من الشرطين[1].

وسوف ينقسم هذا الفرع إلى المباحث الآتية :

المبحث التمهيدي : مدى أهمية شرط استقلال الحدث عن إرادة المدين بالنسبة للقوة القاهرة وشرط "إعادة التفاوض".

المبحث الأول : المقصود باستقلال الحدث عن إرادة المدين

المبحث الثاني : الصعوبات التي يثيرها شرط استقلال الحدث عن إرادة المدين في عقود التجارة الدولية.

---

(١) انظر فى ذلك،

LEBREQUIER (Y.), Op. cit., p. 233.

المبحث التمهيدي
أهمية شرط استقلال الحدث بالنسبة للقوة القاهرة و شرط "إعادة التفاوض"

١٤٦- استقلال الحدث عن إرادة المدين يعد شرطاً ضرورياً لقيام حالة القوة القاهرة، بمفهومها التقليدى أو الحديث (١)، ويعد شرطاً ضرورياً أيضاً لقيام شرط "إعادة التفاوض" Hardship(٢). ويطلق عليه البعض "شرط الخارجية la clause d' extériorité" (٣).

وتطلب هذا الشرط لتطبيق أحكام شرط القوة القاهرة أو شرط "إعادة التفاوض"

---

(١) انظر فى أهمية هذا الشرط فيما يتعلق بالقوة القاهرة، المراجع المشار إليها سابقاً فى هامش (٧٥٢)

(٢) راجع فى أهمية شرط استقلال الحدث أو الخارجية فى حالة شرط " إعادة التفاوض " Hardship ،
CABAS (F.), Op. cit., p. 62 et s. ; FONTAINE (M.), Op. cit., p. 258 ; DAHAN (M.), La pratique française du commerce international., op. cit., n° 1082, p. 409 ; PHILIPPE (D.), Op. cit., p. 185 ; KASSIS (A.), La théorie générale des usages du commerce., op. cit., n° 568, p. 359.

(٣) انظر فى ذلك،
ANTONMATTEI (P. - H.), Op. cit., p. 25 et s. ; LEBREQUIER (Y.), Op. cit., n° 172, p. 226. ; LE ROY (D.), Op. cit., p. 15 ; HAUT (F.), Rapport français, in " Les modifications du contrat au cours de son exécution en raison de circonstances nouvelles ", Op. cit., p. 36 ; LESGUILLONS (H.), Frustration, Force majeure., op. cit., p. 519.
حيث يرى هذا الأخير أن "الحد الأدنى فى القانون المقارن للقوة القاهرة يتطلب ألا ترجع استحالة التنفيذ إلى خطأ من المدين "
ويستخدم بعض الفقهاء المصريين أيضاً مصطلح الخارجية. انظر على سبيل المثال، د. محمد لبيب شنب، المسئولية عن الأشياء، دراسة فى القانون المصري مقارناً بالقانون الفرنسي، القاهرة، ١٩٥٧، بند ٢٠٥، ص ٩٧ ؛ د. رضا محمد عبيد، الالتزام بالتسليم فى القانون الموحد للبيع الدولي، رسالة سابقة، بند ٣٤٦، ص ٤٥٦. حيث يرى أن " الاتجاه السائد بين الكتاب و التشريعات والأنظمة القانونية المختلفة، كالشروط العامة والعقود النموذجية، يشترط أن يكون الحادث خارجاً عن إرادة المدين"، د. محمد شتا أبو السعد، مفهوم القوة القاهرة، مجلة مصر المعاصرة، السنة الرابعة والسبعين، العددان ٣٩٣- ٣٩٤، يوليو - أكتوبر ١٩٨٣، ص ١٧٥- ١٩٥. ونحن من جانبنا سوف نستخدم للتعبير عن هذا الشرط مصطلح " استقلال الحدث عن إرادة المدين".
وتجدر الإشارة إلى أن هذا الشرط كان محل العديد من الدراسات سواء في القوانين الوطنية أو في التجارة الدولية. ومن هذه الدراسات ما هو مخصص لدراسة الشرط نفسه، ومنها ما يخصص له جزءاً كبيراً في دراسة أخرى. ومن هذه الدراسات في القوانين الوطنية :
BRIGO (C.), L'extériorité de la force majeure en droit civil, th., 3° cycle, 1982; TUNC (A.),=

Hardship يعد أمراً منطقياً. فمن غير المنطقي ومن غير العادل أيضاً أن يستفيد المدين من تغير ظروف العقد، سواء بالتمسك بأحكام القوة القاهرة للتخلص من مسئوليته أو بالتمسك بأحكام شرط " إعادة التفاوض " لتعديل العقد، بينما يعزى هذا التغير إلى خطأ هذا المدين [1]. ومن الواضح أن هذا الشرط يسمح بحماية المتعاقدين من التدخل المباشر وغير المباشر من المتعاقد الآخر سيئ النية [2].

وعلى الرغم من الأهمية الظاهرة لهذا الشرط ، فإنه كان محل إنكار من جانب من الفقه من ناحيتين. فمن ناحية يستبعد بعض الفقه وجود هذا الشرط ضمن شروط القوة القاهرة، ويرون أن هذه الشروط تقتصر فقط على عدم التوقع واستحالة الدفع [3]. ومن

=La force majeure et l'absence de faute, RTD. civ., 1945, p. 195 et s. ; MABROUK (R.), Op. cit., p. 179 et s.

ومن هذه الدراسات في التجارة الدولية :

MELIS (W.), Force majeure and Hardship clause in international commercial contracts, in " View of the practice of the ICC court of arbitration ", J. of in. arb., 1984, pp. 213 - 221.

(١) قريب من هذا المعنى،

PHILIPPE (D.), Op. cit., p. 185.

(٢) انظر،

CABAS (F.) Op. cit., p. 62.

(٣) انظر،

RADOUANT (J.), Op. cit., p. 223 ; JOURDAIN (P.), Op. cit., n° 604.

وانظر في مدى اختلاف الفقه الفرنسي في اعتبار هذا الشرط ضمن عناصر القوة القاهرة،

MABROUK (R.), Op. cit., p. 180 et s. ; LEBREOUIER (Y.), Op. cit., p. 223.

حيث يرى هذا الأخير أن " عدداً كبيراً من الكتاب لا يشيرون إلى هذا الشرط عندما يعالجون السبب الأجنبي " . والجدير بالذكر أن هذا الخلاف قد امتد أيضاً إلى القضاء الفرنسي الذي لا يشير في بعض أحكامه إلى هذا الشرط ضمن شروط القوة القاهرة . ونذكر على سبيل المثال حكم النقض الذي فصلت فيه محكمة النقض في الطعن المقدم من المستأجر الذي عاب فيه على محكمة الاستئناف بأنها لم تقم رقابتها على تقدير شرط استقلال الحدث المميز للقوة القاهرة مخالفة بذلك أحكام محكمة النقض. وقد كان المؤجر قد طلب في هذه القضية إعفاءه من الالتزام نتيجة تهدم المشغل محل الإيجار بسبب سقوط الثلج. وقد رفضت محكمة النقض هذا الطعن واعترفت بالطبيعة الاستثنائية للمكان الذي سقط فيه الثلج، واعتبرت سقوط الثلج غير متوقع ولا يمكن دفعه وأنه يشكل قوة قاهرة بالنسبة للمدين دون أن تقوم بأي إشارة ولو بسيطة لشرط استقلال الحدث. انظر،

Cass. com., 19 November 1975, JCP, 1977, 11, 18544.

أما بالنسبة للقانون المدني المصري فنجد أن هذا الشرط محل إنكار من جانب من الفقه أيضاً، ويرون أن شروط القوة القاهرة هى عدم التوقع واستحالة التوقع فقط. انظر على سبيل المثال، د. محمد شتا أبو السعد، مفهوم القوة القاهرة، مقال سابق، ص ١٩١. ونفس الإنكار نقابله فى بعض أحكام القضاء التى لا تشير إلى =

ناحية ثانية يسلم بعض الفقه بوجود هذا الشرط ضمن شروط القوة القاهرة ، ولكنهم يرون أنه شرط غير محدد وغير منضبط (١)، كما أنه ليست له ذاتية خاصة تميزه عن باقي الشروط (٢)، أو بمعنى آخر يرون أن استقلال الحدث عن إرادة المدين يمكن أن يغني عنه شرطا عدم التوقع واستحالة الدفع. فالمدين إذا التزم بالعناية والحيطة والحذر في التوقع، وبذل قصارى جهده للتغلب على العقبات التي تواجهه، فإنه يثبت أنه لم يرتكب خطأ وأن الحدث خارج عن إرادته (٣).

=هذا الشرط من شروط القوة القاهرة. انظر على سبيل المثال، نقض مدني، جلسة ١٩٦٦/٥/١٧، الطعن رقم ٣٧٢ لسنة ٣١ قضائية، مجموعة أحكام المكتب الفني، السنة ١٧، ص ١١٢٩؛ نقض مدني، جلسة ١٩٦٦/١٢/١٣، الطعن رقم ٣٩٢ لسنة ٣٢ قضائية، مجموعة أحكام المكتب الفني، السنة ١٧، ص ١٨٨٩؛ نقض مدني، جلسة ١٩٦٨/٢/١٩، لسنة ٣٤ ق، السنة ١٩، ص ١٥٥١ ؛ نقض مدني. جلسة ١٩٨٠/٣/٢٧، الطعن رقم ٩٧٩، سنة ٤٧ ق، مجموعة أحكام المكتب الفني، السنة ٣١، ص. ٩٣٠ ؛

نقض مدني، جلسة ١٩٨٧/١٢/١٧ لسنة ٥٤ ق، مشار إليه فى د. احمد هبه، موسوعة مبادئ النقض فى المسئولية المدنية فى خمسة وعشرين عاماً من ١٩٦٦/١/١ حتى ١٩٩١/١/١، الكتاب الأول، مصادر المسئولية وأركانها، الطبعة الأولى. ص ١٣٥؛

ولا يختلف الأمر بالنسبة لقرارات التحكيم. فبعض هذه القرارات يهمل الإشارة إلى هذا الشرط، وتقصر شروط القوة القاهرة على عدم التوقع واستحالة الدفع. انظر على سبيل المثال، القرار الصادر فى القضية رقم ٢١٤ لسنة ١٩٧٤، وارد فى المجموعة الأولى من القرارات، ص ١٩٤.

وما تجدر الإشارة إليه فى هذا المقام أيضاً أن شروط القوة القاهرة فى القانون الروماني، وهو الأصل الذى استقت منه فكرة القوة القاهرة جذورها، كما يقول الفقيه البيانوس ، هى استحالة توقع الحدث واستحالة دفعه ، وبالتالي لم يكن استقلال الحدث عن إرادة المدين أو الخارجية شرطاً لهذه النظرية فى القانون الروماني. انظر فى هذه الشروط، د. صوفي حسن أبو طالب، أحكام الالتزام، ١٩٦٣، ص٣٥.

(١) انظر فى ذلك،

MALAURIE (Ph.) et AYNES (L.), Les obligations ,op. cit., p. 449.

(٢) انظر،

ANTONMATTEI (P. - H.), Op. cit., n° 53,. P. 42 .

ويقسم هذا الأستاذ الخارجية إلى نوعين : خارجية مادية extériorité materielle وتعنى خارجية الحدث عن شيء أو عن نشاط المدين، والخارجية الشخصية أو الذاتية extériorité psychologique وتعنى خارجية الحدث عن إرادة المدين. ويرى أن الخارجية من النوع الأول لا تعد ضمن شروط الحدث المشكل للقوة القاهرة، أما الخارجية من النوع الثانى فهى شرط من شروطها ولكن ليس له ذاتية خاصة لأن باقي الشروط، وهى عدم التوقع واستحالة الدفع تعبر عنه.

(٣) انظر، =

ولم تقدح هذه الانتقادات في أهمية هذا الشرط لتكوين حدث القوة القاهرة أو الـ Hardship. فإذا كان بعض الفقه يرى أن هذا الشرط لا يعد ضمن شروط القوة القاهرة، فإن غالبية الفقه، كما رأينا، تراه شرطاً ضرورياً وأساسياً لوصف الحدث بالقوة القاهرة أو بشرط "إعادة التفاوض" Hardship [1]، كما أن أهميته لا خلاف عليها في عقود التجارة الدولية. فتحليل الشروط التعاقدية وقرارات التحكيم التجاري الدولي تسمح بأن نستخلص حقيقة ثابتة مفادها أنه إذا تأثر تنفيذ العقد بالتغير في الظروف الخارجية له - أياً كانت صورة هذا التغير، قوة قاهرة أم ظروف طارئة- يجب أن يكون الحدث الذي تسبب في هذا التغير مستقلاً عن إرادة المدين ولا شأن له به، وذلك حتى ينتج أثره بإعادة التفاوض في العقد [2].

= CAPITANT (H.) et COLIN (A.), Cour élémentaire du droit civil français, 4 ° éd., T. 11, p. 129 ; MAZEAUD (H. et L.) et TUNC (A.), Ibid ; MABROUK (R.), Op. cit., n° 177, p. 234.

(١) انظر على سبيل المثال بالنسبة للقانون الفرنسي،

PHILIPPE (D.), Op. cit., p. 245 ; LEBREQUIER (Y.), Op. cit., n° 51 , p. 84; LESGUILLONS (H.), Frustration, Force majeure., op. cit., n° 16, p. 509,.

وانظر بالنسبة للقانون المصري، بالإضافة إلى المراجع المشار إليها لاحقاً، بصفة خاصة ص ٢٤٨، هامش ٧٦٦، د. عبد المنعم البد راوي، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، الجزء الثاني، أحكام الالتزام ، بدون ناشر، ١٩٩٣، بند ٣٩٩، ص ٤٢٠؛ د. محمد لبيب شنب، المسئولية عن الأشياء، دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي، رسالة، القاهرة، مكتبة النهضة المصرية، ١٩٥٧، بند ٢٠٣، ص ٢٢٩ ؛ د. عصام القصبي، مرجع سابق، بند ٥٦، ص ١٣٤ ؛ د. حسين عامر، القوة الملزمة للعقد، مرجع سابق، بند ٤٥٠، ص ٤١٢ ؛ د. حسن عبد الرحمن قدوس، إنهاء عقد العمل لأسباب اقتصادية، مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة، ١٩٩٠، بند ٥٧، ص ٧٨، هامش (١) ؛ د. على محمد على عبد المولى، الظروف التى تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري، مرجع سابق، ص ٤٣٢، وانظر أيضاً،

MABROUK (R.), Op. cit., n° 137 , p. 180.

وانظر فى أهميته بالنسبة للقانون السويسري،

JUNDO (Ch. A.), Force majeure et cas fortuit., op. cit., p. 188.

(٢) انظر فى هذا المعنى،

CABAS (F.), Op. cit., p. 62.

وانظر أيضاً الأستاذ الدكتور محسن شفيق الذي يرى أن حدث القوة القاهرة هو حدث غير منسوب إلى المدين، عقد تسليم مفتاح ، نموذج من عقود التنمية، محاضرات ألقيت على طلبة الدراسات العليا، ١٩٨٢ - ١٩٨٣، ص ٨٩. ومن الشروط التعاقدية العديدة التى تتطلب هذا الشرط تلك المشار إليها فى،

LE ROY (D.), Op. cit., p. 748 et s ; FONTAINE (M.), Op. cit., p. 211 et s.

أما الادعاء بأن هذا الشرط ليس له ذاتية خاصة، وأن باقي الشروط، وهى عدم التوقع واستحالة الدفع تغني عنه، يمكن الرد عليه بأن الذاتية الخاصة التي يتمتع بها هذا الشرط محل اتفاق من جانب كبير من الفقه [1]، كما أنه لا يمكن التسليم بالقول بأن باقي الشروط تغني عنه.

فبالنسبة لشرط عدم التوقع، لا يمكن التسليم بأن الحدث غير المتوقع هو الحدث الذي لا يد للمدين فيه. فالفارق واضح بين عدم توقع الحدث واستقلال هذا الحدث عن إرادة المدين المتمسك به. فلو قبل البائع إبرام عقد بيع مع علمه باحتمال صدور تشريعات أو قرارات وزارية سوف تمنع تصدير بعض المنتجات، من ضمنها المنتجات محل العقد، نظراً لتردى الأوضاع الاقتصادية في دولته، ثم صدرت هذه التشريعات أو هذه القرارات أثناء تنفيذ العقد، فإنها تعد متوقعة من جانبه ومن ثم لا يستطيع أن يتمسك بها لإعفائه من المسئولية، أو لتعديل أحكام العقد. فصدور التشريعات كان متوقعاً بالنسبة للدائن، ولكنه في المقابل كان مستقلاً عن إرادته، فلم تشارك إرادته بأى شكل من الأشكال في صدور هذه التشريعات.

ونفس الأمر بالنسبة لشرط استحالة الدفع. فاستحالة الدفع، كما بيناها من قبل، تعنى عدم وجود أية مكنة أو وسيلة تمكن المدين من تجنب وقوع الحدث أو مقاومته. ويمكن تصور أكثر من علاقة بين الشرطين.

فمن المتصور أن يكون الحدث مستقلاً عن إرادة المدين ولكن من الممكن دفعه إذا وجدت أمامه وسيلة تمكنه من مقاومته. فهبوب رياح تهدد باقتلاع المركب أو إتلاف البضاعة التي التزم الناقل بنقلها حدث مستقل عن إرادة المدين، ولكنه يمكن تفاديه باتخاذ طريق آخر، أو بتوقف الرحلة فترة من الوقت لحين زوال العائق.

وقد يكون الحدث مستقلاً عن إرادة المدين ومن المستحيل دفعه أيضاً. ففي المثال السابق إذا لم يتمكن المدين من تجنب الرياح أو مقاومتها، فإنها تعتبر مستحيلة الدفع

---

(١) انظر على سبيل المثال،
TAISNE (J. - J.). La notion de condition dans les actes juridiques, contribution à l'étude de l'obligation conditionnelle, th., Lille 11, 1977, n° 122 ,p. 182; PROTHAIS (A.), Tentative et attantat, LGDJ, 1985, n° 101 et s.

بالنسبة له، وتكون بذلك مستقلة عن إرادته مستحيلة في دفعها

والعكس صحيح، فقد ينشأ الحدث من فعل المدين أو يكون قد شارك في وقوعه، ومع ذلك من المستحيل دفعه.. ومثال ذلك، الحريق الهائل الذي يشب في مصنع المدين نتيجة خطأ أو سوء استخدام منه أو من أحد عماله، ويكون هذا الحريق من الجسامة بحيث لا يمكن السيطرة عليه، أو تجنبه. مثل هذا الحريق ليس مستقلاً عن إرادة المدين مع أنه مستحيل في دفعه.

الخلاصة أن شرط استقلال الحدث عن إرادة المدين أو كما يسميه البعض "شرط الخارجية" يحتل أهمية كبيرة سواء بالنسبة لشرط القوة القاهرة أو لشرط "إعادة التفاوض" Hardship، أهمية لا تقل عن باقي شروطهما، و يتمتع بذاتية خاصة تميزه عنهما.

المبحث الأول
ماهية استقلال الحدث عن إرادة المدين

١٤٧- يتخذ هذا الشرط صياغات متباينة وفقاً للتشريعات الوطنية المختلفة، كما أن قانون التجارة الدولية له طريقته الخاصة في التعبير عن هذا الشرط. يضاف إلى ذلك إلى أن استقلال الحدث قد يقاس بالإشارة لإرادة المدين. ويقصد به في هذه الحالة ألا يجد وقوع الحدث سببه في أى تصرف من تصرفات المدين. وقد يقاس بالإشارة إلى الأنشطة أو العمل الذي يمارسه المدين.

وتحديد المقصود باستقلال الحدث يقتضي منا أن نبين كيفية التعبير عن هذا الشرط في القانون المقارن وفي عقود التجارة الدولية وذلك في مطلب أول، وأن نحدد معيار تطبيقه في مطلب ثان.

المطلب الأول
التعبير عن الشرط في القانون المقارن
وفي قانون التجارة الدولية

١٤٨- يتنوع التعبير عن شرط استقلال الحدث عن إرادة المدين من قانون وطني إلى آخر، وكذلك تتغير صورته من عقد إلى آخر من عقود التجارة الدولية . لذا سوف نبحث في هذا المطلب على التوالى صورة الشرط في القانون المقارن، وصورته في القواعد الموضوعية للتجارة الدولية وفي الشروط التعاقدية .

١٤٩- أولاً : التعبير عن استقلال الحدث في القانون المقارن :

يستخدم القانون الفرنسي للتعبير عن هذا الشرط عبارة "سبب أجنبي لا شأن لإرادة المدين فيه Cause étrangère qui ne peut lui être imputé" وذلك في المادة ١١٤٧ مدني منه [١]. ويرى بعض الفقه الفرنسي أن هذه المادة تثير فكرتين مستقلتين، هما خطأ المدين، وصفة استقلال الحدث عن إرادة المدين، حيث تحدثت المادة عن " سبب أجنبي Cause etrangère "ثم تحدثت عن أن هذا السبب "لا شأن لإرادة المدين فيه qui ne pent lui être imputée". ويرى أنصار هذا الرأى أنه وإن كانت الفكرتان مرتبطتين فإنهما من الممكن أن تكونا مختلفتين على الأقل من الناحية النظرية. فاستقلال الحدث عن إرادة المدين مرتبط بالحدث نفسه على حين أن خطأ المدين مرتبط بشخصه [٢].

وتستخدم بعض أحكام القضاء الفرنسي للتعبير عن هذا الشرط مصطلح تارة "حدث مستقل عن إرادة الأطراف un événement indépendant de la volonté des parties"، وتارة أخرى مصطلح "لا يرجع لإرادة المدين" [٣]. كما أن بعض

---

(١) انظر فى ذلك، د. سليمان مرقس، نظرية دفع المسئولية المدنية، رسالة، جامعة فؤاد الأول، مطبعة الاعتماد، ١٩٣٦، ص. ١٨٥.

(٢) انظر،

LE ROY (D.), Op. cit., p. 21 et 22.

(٣) انظر على سبيل المثال،

Cass. soc., 6 mai 1969, D., 1969, p. 712.=

الأحكام تعبر عن هذا الشرط بشكل أبسط بعبارة "أن يكون الحدث خارجياً عن المدين extérieur du débiteur "[1]. على أن أكثر هذه المصطلحات استخداماً هو" حدث مستقل عن إرادة المدين" [2].

أما قانوننا المصري فيعبر عن هذا الشرط بعبارة "لا يد له فيه" وذلك في وصفه الحدث المكون للسبب الأجنبي. والمقصود بهذه العبارة التي ترددت في نصوص القانون المدني [3] ألا يكون المدين قد تسبب أو شارك بأي شكل من الأشكال في وقوع الاستحالة التي تسبب فيها الحدث [4].

ويعبر قانون الالتزامات الألماني BGB عن هذا الشرط بألا يكون المدين قد تسبب في وقوع الاستحالة. وهذا يتضح من عنوان المادة ٢٧٥ من هذا القانون "الاستحالة الراجعة لحادث لا يُسأل عنه المدين"، هذا بالإضافة إلى أن هذه المادة تنص في متنها على أن المدين يبرأ من تنفيذ الالتزام متى صار مستحيلاً نتيجة وقوع حدث "لا يكون المدين مسئولاً عنه dont il n'est pas responsable". ويعبر القضاء الألماني عن

ونفس المصطلح يستخدمه قانون العقود الاقتصادية للجمهورية الشعبية الصينية الصادر فى ٢١ مارس ١٩٨٥، والذي يحكم العقود الاقتصادية التى تبرم مع الأجانب. انظر،

LECLERCQ (H.) Introduction du droit chinois des contrats, éd. Joly, 1994, p. 39 ; MINGCHAN (C. - C.) et MY CHRUN (A. - C.), La force majeure et imprévision dans les contrats passés avec la chine, les petites affiches, 5 juillet 1989, n° 80, p. 20.

(1)Cass. Soc., 3 février, 1972. D., 1972, p. 148.

(٢) انظر،

LEBREQUIER (Y.), Op. cit., n° 51, p. 84.

(٣) انظر على سبيل المثال، المواد ١٦٥، ٢١٥، و ٣٧٣ مدنى، وانظر أيضاً المادة ١٥٥ من قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ المتعلقة بعقد الوكالة.

(٤) انظر، د. محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، الجزء الثانى، مصادر الالتزام، المصادر غير الإرادية، مرجع سابق، بند ٩٨، ص ٨٧ ؛ د. حسام الدين كامل الأهواني، مرجع سابق، بند ٦٢٦، ص ٤٣٤؛ د. عبد الوهاب على بن سعد، رسالة سابقة، ص ٢٠٦؛ د. محمد على عثمان الفقي، استحالة تنفيذ الالتزام وآثارها، مرجع سابق، بند ٥٨، ص ٩٨، الذي يرى أن عبارة " لا شأن له فيه " التى استخدمها القانون الفرنسي تفضل عبارة " لا يد له فيه " التى استخدمها القانون المصري. ويرجع هذا التفضيل، فى رأى سيادته، إلى وضوح العبارة " وعدم تركها مجال للمعاني الاصطلاحية التى تدخل فيها. كما أن عبارة لا شأن له فيه عبارة قريبة إلى الاستعمال اليومي الدارج ". وانظر أيضاً،

MABROUK (R.), Op. cit., n° 177, p. 234.

هذا الشرط فيما يتعلق بنظرية "تغير أساس العقد" بألا يكون تغير الظروف نتيجة خطأ من أحد المتعاقدين [1].

ويفسر الفقه والقضاء في ألمانيا هذه العبارة بأن المدين لا يكون مسئولاً عن الحدث متى انقطعت كل علاقة له بهذا الحدث، بطريق مباشر أو غير مباشر، وألا يكون قد ساهم بخطئه أو بسوء تقديره في وقوع هذا الحدث [2].

أما القانون الأمريكي فإنه يعبر عن هذه الصفة "بألا يكون المدين قد ساهم بخطئه في وقوع الحدث" حيث تنص المادة ٤٥٧ من Restatement of contract على أنه "عندما تتمثل الوقائع في أن أحد الأطراف لا يكون قد توقع أو لا يكون قد ساهم بخطئه في وقوع الأحداث التي تجعل تنفيذ العقد مستحيلاً ، ينقضي التزام هذا الطرف ،إلا إذا كانت هناك نية صريحة تخالف ذلك" [3].

وفي قضية "تايلور وكالول" Taylor، Caldwell ، سالفة الذكر، رأى القضاء الإنجليزى أن العقد ينفسخ تلقائياً ويبرأ الأطراف من جميع التزاماتهم إذا رجعت استحالة التنفيذ إلى حدث لا يمكن نسبته إلى أى من الطرفين [4].

١٥٠- ثانياً : التعبير عن استقلال الحدث في قانون التجارة الدولية :

على غرار القوانين الوطنية، يتنوع التعبير عن شرط استقلال الحدث عن إرادة المدين في قانون التجارة الدولية، سواء فيما يتعلق بواقع العقود الدولية أو باتفاقيات التجارة الدولية. فدراسة عقود التجارة الدولية التي يحرص فيها الأطراف على تحديد مفهوم لشرط القوة القاهرة أو لشرط "إعادة التفاوض" Hardship ، تكشف لنا أن محرري

---

(١) انظر فى ذلك،

PHILIPPE (D.), Op. cit., p. 195 ; LESGUILLONS (H.), Op. cit., Lamy, art. 399.

(٢) انظر فى ذلك،

LE ROY (D.), Op. cit., p. 67 ; W. RIVKIN (R.), op. cit., p. 179.

(٣) نص مشار إليه في،

Op. cit., p. 93

(٤) انظر فى هذه القضية، د. عبد الوهاب على بن سعد الرومي، رسالة سابقة، بند ١٠١، ص ١٩٤.

هذه العقود لا يستخدمون مصطلحاً واحداً للتعبير عن مقصدهم من هذا الشرط .

ومن هذه الصياغات المستخدمة في هذا الصدد مصطلح "حدث مستقل عن إرادة الأطراف" وخاصة المدين. ومن أمثلة ذلك العقد الذي تم بين شركة بريطانية وأخرى أمريكية من ناحية ، وشركة فرنسية من ناحية ثانية وكان موضوعه البحث عن المناجم في بلد أفريقية. فقد عبر الأطراف عن شرط الاستقلال بقولهم "أحداث مستقلة عن إرادة الشركة indépendant de la volonté de société" [١]. وكذلك الشرط الذي يصف القوة القاهرة بأنها "كل عمل..... مستقل عن إرادة الأطراف" [٢]. وكذلك الشرط الذي ينص على أنه "في حالة وقوع أحداث مستقلة عن إرادة الأطراف وتؤدي إلى استحالة كلية أو جزئية في تنفيذ التزامات أحد المتعاقدين....." [٣].

وقد يفضل الأطراف التعبير عن هذا الشرط بمصطلح "الأحداث التي تخرج عن سيطرة الأطراف échappent au contrôle de parties" [٤].

ويرى بعض الفقه أن غالبية الشروط التعاقدية تشير إلى تعبير "يخرج عن سيطرة الأطراف beyond the control of the parties" [٥]. ومن أمثلة هذا النوع من الشروط ذلك الذي ينص على أنه "..... ولا تعتبر كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة إلا الأحداث أو الأعمال أو المواقف أو الظواهر التي تخرج عن سيطرة الأطراف ....." [٦] . وفي العقود التي تكون الدولة طرفاً فيها غالباً ما يستخدم

---

(١) مشار إليه في،
LEBOULANGER (Ph.), Op. cit., p. 205.

(٢) مشار إليه في،
LE ROY (D.), Op. cit., 753, anx. 5 et anx. 7, p. 758.

(٣) شرط مشار إليه في.
FONTAINE (M.), Op. cit., p. 213.

(٤) شرط مشار إليه في،
LEBOULANGER (Ph.), Op. cit., p. 205..

(5)FONTAINE (M.), Op. cit., p. 214.

(٦) مشار إليه في،
LE ROY (D.), Op. cit., p. 748, anx. 1.

الأطراف تعبير "ظرف خارج عن السيطرة المعقولة للدولة "[1].

ومثال لهذا النوع أيضاً اتفاق الأطراف على أنه "في تنفيذ هذا العقد، يقصد بالقوة القاهرة كل حدث يخرج عن سيطرة البائع ويحدث بعد دخول العقد في التطبيق ويعوق أو يعرقل تنفيذ الالتزامات التي يحتويها العقد..."[2].

وفي القليل من العقود يستخدم الأطراف صياغات أخرى بخلاف السابق ذكرها. ومن أمثلة هذه الأنواع الصياغة التي عرف بها الأطراف القوة القاهرة بقولهم "تتشكل القوة القاهرة من كل الظروف التي لا يستطيع أطراف العقد السيطرة عليها....."[3]. وكذلك الشرط الذي أشار فيه الأطراف إلى أن " شروط الاتفاق الحالي يمكن أن تراجع باتفاق مشترك بين الأطراف، إذا وقع حدث أجنبي عن الأطراف étranger aux parties ... "[4]. وكذلك الشرط الذي ينص على أن "تعتبر كقوة قاهرة كل الأحداث المشابهة الأجنبية عن إرادة أو تأثير الأطراف"[5].

والتنوع في التعبير عن شرط استقلال الحدث عن إرادة المدين يمتد أيضاً إلى الشروط العامة واتفاقيات التجارة الدولية. فنجد على سبيل المثال الشرط النموذجي الذي أعدته غرفة التجارة الدولية بخصوص القوة القاهرة والظروف الطارئة، قد استخدم في

---

(١) انظر،

KAHN (Ph.), Op. cit., p. 476.

(٢) شرط مشار إليه في،

LE ROY (D.), Op. cit., p. 755 , anx. 6.

(٣) شرط مشار إليه في،

LE ROY (D.), Op. cit., p. 749, anx. 2.

(٤) شرط مشار إليه في ،

PHILIPPE (D.), Op. cit., n° 3, p. 245.

وانظر أيضاً، الأستاذ " كان " KAHN (Ph.)، فى مقالته سابقة، نفس الموضع، حيث يرى أن " هذه الصياغات هى أكثر الصياغات استخداماً فى التعبير عن الشرط ".

(٥) المادة العاشرة من عقد التموين الذي تم عام ١٩٧٦ بين، Sonsmith & Co. Ltd. et Herrn Chemie A. G. وارد في،

Dr. prat. co. int., 1979, n° 1. PP. 5 - 26.

وانظر أيضاً الأستاذ " ريفكين " W. RIVKIN الذي يستخدم عبارة " Outside event "،

W. RIVKIN (D.), The lex mercatoria and force majeure., op. cit., p. 175.

الفقرة الأولى منه مصطلح "عائق مستقل عن إرادة المدين un empêchement indépendant de sa volonté "، في حين أنه لم يشترط هذه الصفة في الأحداث التي تشكل الظروف الطارئة [١].

ونفس المصطلح نقابله أيضاً في الشروط العامة للبيع CEE / ONU التي تنص في المادة ٧٥ منها على أن "يعتبر كقوة قاهرة، الأحداث غير المتوقعة والتي لا يمكن تجنبها والمستقلة عن إرادة الأطراف ...." [٢]. وفي نفس الاتجاه اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع (فينا ١٩٨٠) حيث تستلزم لتخلص المدين من مسئوليته عن عدم التنفيذ "أن يرجع عدم التنفيذ إلى عائق مستقل عن إرادته" [٣].

وفي المقابل، تتبنى مبادئ Unidroit المتعلقة بعقود التجارة الدولية مصطلحاً آخر لوصف الشرط. فالمادة ٦- ٢-٢ الخاصة بتعريف شرط "إعادة التفاوض" Hardship تنص على أن "نكون بصدد Hardship عندما تقع أحداث تهدم بشكل أساسي توازن الأداءات العقدية ... وتفلت من سيطرة الطرف المضرور échappant au contrôle de la partie lésée [٤]. ونفس التعبير استخدمته المادة ٧- ١ -٧ الخاصة بالقوة القاهرة [٥]. أما نماذج العقود التي وضعتها اللجنة الأوربية التابعة للأمم المتحدة والخاصة بالتجارة الدولية فقد عبرت عن هذا الشرط بقولها" حدث مستقل عن سيطرة الأطراف " [٦].

---

(١) الفقرة الأولى من هذا الشرط النموذجي والخاصة بأسباب الإعفاء من المسئولية، وانظر أيضاً الفقرة الأولى من الاقتراحات المتعلقة بالظروف الطارئة، مشار إليه، سابقاً،خاصة ص. ٩و ١٩.

(٢) الشروط العامة للبيع CEE / ONU ، ملحق ١ - ٣٦.

(٣) انظر الفقرة الأول من المادة ٧٩ من الاتفاقية، مشار إليه سابقاً، ص ٣٥. وانظر فى التعليق على هذه الاتفاقية، د. محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة، المرجع السابق، بند ٣٤١، ص ٢٥٣ حيث يرى سيادته أن من مكونات العائق المكون للقوة القاهرة أن يكون الحدث الذي نشا عن الحادث أجنبياً عن فعل المدين.
والجدير بالذكر أن القانون الموحد للبيع الدولي للبضائع المادية، الصادر فى يوليو ١٩٦٤ لم يتطلب هذا الشرط في الحدث المكون سبباً لانتفاء المسئولية، ونصوص هذا القانون مشار إلها سابقاً، خاصة الملحق رقم (٠١٠/ ٥ - ١٩)

(٤) مبادئ Unidroit، المادة ٦-٢-٢.

(٥) مبادئ Unidroit ، المادة ٧-١-٧ .

(٦) انظر فى ذلك، =

وإذا انتقلنا إلى قضاء التحكيم ، فإنه في المنازعات التي تصدى فيها المحكمون لتحديد مفهوم القوة القاهرة أو شرط " إعادة التفاوض " Hardship وبيان عناصر هذا الشرط ، نجد أنهم يفحصون من الناحية الموضوعية علاقة المدين المتمسك بسبب انتفاء المسئولية أو بتغير الظروف بالحدث المدعى به، دون الاهتمام باستخدام مصطلح معين للتعبير عن استقلال الحدث عن إرادة هذا المدين.

ففي القرار الصادر في القضية رقم ٣٠٩٣/٣١٠٠ لسنة ١٩٧٩ ، فحصت هيئة التحكيم بدقة ما إذا كان قرار حظر تحويل الأموال الصادر من البنك المركزي للشركة المدعى عليها لا تتوافر فيه صفة الاستقلال عنها أم لا. وقد توصلت الهيئة في النهاية بعد بحث علاقة الشركة بالبنك المركزي في دولتها، إلى عدم اعتبار القرارات الصادرة منه قوة قاهرة [١] .

ولم يختلف الأمر بالنسبة للقرار الصادر في القضية رقم ٢٤٧٨ لسنة ١٩٧٤ [٢]، وفي القرار الصادر في القضية الخاصة بإنشاء مصنع للوقود النووي الصادر بجلسة ٢٤ يوليو ١٩٨٥ [٣].

على أنه، وأياً كان المصطلح المستخدم للتعبير عن شرط استقلال الحدث عن المدين، فإن هذا التنوع في التعبير لا يقدح في أهمية هذا الشرط، سواء لقيام شرط القوة القاهرة أو شرط " إعادة التفاوض " Hardship ، وإن كان هذا الشرط هو أكثر الشروط التي يثور الجل حول مدى لزومها في تكوين سبب انتفاء المسئولية في القوانين الداخلية فقانون التجارة الدولية وكذلك قضاء التحكيم يؤكدان على ضرورة توافره سواء في الحدث المشكل للقوة القاهرة أو لشرط "إعادة التفاوض" Hardship . وتحليل عدد كبير من الشروط التعاقدية وقرارات التحكيم يسمح بأن تستخلص حقيقة ثابتة وهي أن

= AFFOLTER (M.), Comparative analysis of the definitions contained in the various clauses of the general conditions or standard contracts of ECE relating to causes for relief, in " Somme problems of non - performance and force majeure in international contracts of sale ", Helsinki, 1961, p. 19 et s.

(١) قرار غرفة التجارة الدولية، المجموعة الأولى من القرارات. ص ٣٦٥، وما يليها.

(٢) قرار غرفة التجارة الدولية، المجموعة الأولى من القرارات، ص ٢٢٣، وما يليها.

(٣) قرار غرفة التجارة الدولية، مشار إليه فى د. محيى الدين إسماعيل علم الدين، منصة التحكيم التجاري الدولي. ص ٢٢٤ وما يليها.

اختلال التوازن العقدى أياً كانت صورته يجب أن يتوافر فيه خصيصة استقلال الحدث عن إرادة المدين وعدم التوقع [1].

---

(1) في هذا المعنى،

CABAS (F.), Op. cit., p. 62.

المطلب الثاني
معيار استقلال الحدث عن إرادة المدين

١٥١- لا تتحدد فكرة استقلال الحدث إلا بالمقارنة بمؤشر مُعين . فالحدث الذي يتمسك به المدين، سواء لتخلصه من المسئولية أو للمطالبة بإعادة تعديل شروط العقد ، يجب أن يكون مستقلاً عن هذا المدين. ولكن التساؤل الذي يثور دائماً في هذه الحالة هو: هل يجب أن يكون الحدث مستقلاً عن شخص المدين وإرادته أم يجب أيضاً أن يكون كذلك بالنسبة للنشاط المهني الذي يمارسه ؟ هذا ما سوف نجيب عليه من خلال عرضنا للمعايير التي يقدر بها شرط استقلال الحدث، ومدى تطبيق أي منهما في عقود التجارة الدولية.

١٥٢- أولاً : المعياران الشخصي والموضوعي لاستقلال الحدث عن إرادة المدين :

يسود في القانون المقارن وفي عقود التجارة الدولية معياران، يمكن أن يحدد في ضوئهما معنى ومضمون استقلال الحدث عن إرادة المدين . ويقيس المعيار الأول (المعيار الشخصي) هذا الاستقلال بالمقارنة بإرادة الأطراف وخاصة المدين المتمسك بالحدث. فالمقصود بالمفهوم الشخصي لاستقلال الحدث عن إرادة المدين ألا تشارك هذه الإرادة في أي وقت وبأي شكل من الأشكال في إحداث الفعل [١]، أو كما يقول البعض " يظهر استقلال الحدث من عدم مشاركة المدين في وقوع العائق " [٢]. ويفترض الشرط بهذا المفهوم أن يحلل المحكم أو القاضي موقف المدين وسلوكياته لمعرفة ما إذا كان قد ساهم بشكل أو بآخر في وقوع الحدث، وبمعنى آخر فهو يُقَيِّم سلوك المتعاقد في هذه الحالة [٣].

---

(١) انظر،

MABROUK (R.), Op. cit., n° 177, p. 233.

(٢) انظر،

RADOUANT (J.), Op. cit., p. 229 ; ANTONMATTEI (P. - H.), Op cit., p. 39 ; DAHAN (M.), La pratique française du droit de commerce international., op. cit., n° 1082 , p. 409.

(٣) انظر فى هذا المعنى، د. محمد على عثمان الفقي، مرجع سابق، ص ١٠٠.

LEBREQUIER (Y.), Op. cit., n° 47, p. 79.

أما المعيار المادي أو الموضوعي فإنه يقيس الاستقلال بالمقارنة بعمل أو نشاط المدين. فلا يكفي ألا تشارك إرادة المدين في وقوع الحدث، بل يجب بالإضافة إلى ذلك أن يكون هذا الحدث بعيداً عن عمل أو نشاط المدين [1]. فكما يقول بعض الفقه "القوة القاهرة والحادث المفاجئ يفترضان بالضرورة أن يكون الحدث مستقلاً عن أنشطة المدين بالالتزام . وهذا يعكس أهمية شرط الاستقلال وفاعليته في مجال المسئولية العقدية" [2] . ويسمى الاستقلال في هذه الحالة "بالاستقلال المادي أو الموضوعي extériorité matrerielle " [3].

وفي الواقع فإنه يوجد فارق كبير في التطبيق والنتائج العملية بين المفهومين الشخصي والموضوعي للشرط . فتطلب المفهوم الموضوعي يضيق من مجال تطبيق الشرط. ويرجع ذلك إلى أن اشتراط أن يكون الحدث مستقلاً عن إرادة المدين ومستقلاً عن النشاط أو العمل الذي يؤديه، يقلل كثيراً من حالات السماح بالتخلص من المسئولية أو بإعادة التعديل في العقد هذا من ناحية . كما أنه، من ناحية ثانية، سيؤدي إلى رفض السماح باعتبار مرض المدين وحالات الإضراب أسباباً لانتفاء المسئولية أو لتعديل للعقد وفقاً لأحكام شرط "إعادة التفاوض" Hardship. فالإضراب الذي يحدث في مشروع المدين أو مرض هذا المدين لا يكونا مستقلين عنه وفقاً لهذا المفهوم. وهذا ما عبر عنه بعض الفقه بقولهم "إن تطبيق الشرط بهذا المفهوم "سيؤدي إلى تضييق حالات انتفاء المسئولية. ولذا وضع القضاء الفرنسي حداً لهذا التضييق بتطبيقه السليم للمادة ١١٤٧ حيث تطلب ألا يرجع الحدث المفاجئ لإرادة المدين " [4].

---

(١) انظر في هذا المعنى،

VINEY (G.), La responsabilité, conditions, LGD J, 1982, p. 457.

(٢) راجع في ذلك،

ANTONMATTEI (P. - H.), Op. cit., p. 31.

(٣) مصطلح مشار إليه في،

Op. cit., p. 26.

وانظر في ذلك أيضاً،

(4)RADOUANT (J.), Note sous cass., 24 Novembre 1953, JCP, 1954, 11, 8302.=

= انظر،

LEBREOUIER (Y.), op. cit., p. 226.

١٥٣- ثانياً : مدى تبني القوانين الوطنية وعقود التجارة الدولية لأحد المعيارين:

لا يقتصر التردد في الأخذ بالمعيار الموضوعي أو الشخصي في تقدير شرط استقلال الحدث على القوانين الوطنية فحسب، وإنما يمتد أيضاً إلى قانون التجارة الدولية.

ففي القانون المصري ، تتفق غالبية الفقه وأحكام القضاء على أن تقدير شرط استقلال الحدث يتم وفقاً لمعيار شخصي، أي بالنظر إلى شخص المدين، فيكفي للقول بتوافر هذا الشرط ألا تتدخل إرادة المدين بشكل مباشر أو غير مباشر في وقوع الحد، حتى ولو وجد مصدره في مشروع المدين.[١]

ولا يختلف الحال في القانون الفرنسي. فغالبية الفقه تتبنى المعيار الشخصي لتحديد معنى واستقلال الحدث [٢]. وعلى الرغم من ذلك، فإن نظرية الأستاذ "أكسنر" EXNER ، التي نادى فيها ، منذ فترة طويلة، بتطبيق المفهوم الموضوعي لاستقلال الحدث عن إرادة المدين [٣]، قد وجدت صداها في الفقه والقضاء الفرنسيين . لذا تتبنى

---

(١) انظر على سبيل المثال، د. سليمان مرقس، طرق دفع المسئولية المدنية، رسالة سابقة، ص ٢٠٥ ؛ د. حسام الدين كامل الأهواني، مرجع سابق، بند ٦٢٦، ص ٤٣٤ : د. محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، الجزء الثاني، المصادر غير الإرادية، بند ٩٨، ص ٨٧، نفس الموضع ؛ د. إبراهيم دسوقى أبو الليل، الإعفاء من المسئولية المدنية عن حوادث السيارات، دراسة تحليلية لنظرية السبب الأجنبي فى الفقه والقضاء المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٥، ص ٢٥٦، وانظر أيضاً،

MABROUK (R.), Op. cit., n° 177, p. 234.

(٢) انظر على سبيل المثال فى الفقه الفرنسي،

MAZEAUD (H. et L.) et TUNC (A.), Op. cit., n° 1566 ; ANTONMATTEI (P. - H.), OP. cit., n° 50, p.40 ; MARTY (G.) et RAYNARD (P.), Droit civil, Les obligations, 1962, n° 490 ; SAVATIER (J.), Traité de la responsabilité civile en droit français, T. 1, Les sources de la responsabilité civile , 2° éd. 1951, n° 185, p. 191.

(3)EXNER (A.), La notion de force majeure, théorie de la responsabilité dans le contrat de transport, paris, 1892, p. 95 et s.

هذه الفكرة بعض آراء الفقه [١] وبعض أحكام القضاء [٢].

ويتبنى القانون الألماني والقانون الأمريكي أيضاً المعيار الشخصي في تقدير شرط استقلال الحدث. فالاستقلال في هذين القانونين يعني استقلال الحدث عن إرادة المدين لا عن نشاطه [٣].

ونفس المعيار هو المطبق في اتفاقيات التجارة الدولية. فاتفاقية فينا للبيع الدولي للبضائع ١٩٨٠ تتطلب أن يكون الحدث مستقلاً عن إرادة المدين وليس عن نشاطه [٤]، وكذلك الشروط العامة للبيع CEE/ ONU فإنها تنص على استقلال الحدث عن إرادة المدين [٥].

ويطبق الشرط النموذجي للقوة القاهرة الذي أعدته غرفة التجارة الدولية المعيار الشخصي لاستقلال الحدث. والأمر هو نفسه بالنسبة لمبادئ Unidroit سواء فيما يتعلق بالقوة القاهرة أو بشرط "إعادة التفاوض" Hardship [٦]

والجدير بالذكر أن المعيار الموضوعي يجد تطبيقاته في بعض القوانين الوطنية وبعض اتفاقيات التجارة الدولية. فمن القوانين الوطنية التي يأخذ قضاؤها بهذا المعيار القانون المدنى السويسري. فالقضاء السويسري يقدر استقلال الحدث بالنظر إلى عمل المدين أو

---

(١) انظر في تفصيل هذه الآراء، د. عبد الوهاب على بن سعد الرومي، رسالة سابقة، ص ٢١١، وانظر أيضاً.
CARBONNIER (Y.), Droit civil, les obligations, PUF, Paris, 1975, p. 246 ; LEBREOUIER (Y.) , Op. cit., p. 212 ; MABROUK (R.), Op. cit., p. 183.

(٢) انظر على سبيل المثال.
Cass. civ., 1ère ch., 29 octobre 1985, RTD. civ., 1986, p. 762, obs. HUET (J.).

(٣) انظر في ذلك.
LE ROY (D.), Op. cit., p. 67 ; MARSCHALL (W. - V.), in " Les problèmes du long term ", Op. cit., 154.

(٤) الفقرة الأولى من المادة ٧٩ من الاتفاقية.

(٥) شروط CEE/ ONU ، المادة ٧٥.

(٦) بالنسبة للقوة القاهرة، انظر المادة ٧-١-٧ من المبادئ، وبالنسبة لشرط Hardship انظر المادة ٦-٢-٢، مشار إليها سابقاً. وتأخذ محكمة العدل الأوربية أيضاً بالمفهوم الشخصي للخارجية حيث تتحدث عن " حدث خارجي مستقل عن إرادة المدين" . وانظر في ذلك، مجموعة الأحكام الصادرة عن هذه المحكمة في ٩ فبراير ١٩٨٤، مشار إليها في،
ANTONMATTEI (P. - H.), Op. cit., p. 40.

نشاطه. ولذا يرى بعض الفقه أن نظرية الأستاذ "أكسنر" فيما يتعلق بالاستقلال بمفهومه الموضوعي هى المعمول بها كلية في هذا القانون [١]. ومن اتفاقات التجارة الدولية التي تتبنى هذا المعيار قواعد النقل الدولي للمسافرين والبضاعة عن طريق السكة الحديد [٢] . فالمادة ٢/٢٦ من هذه القواعد تنص على أن "لا يسأل الناقل عن طريق السكة الحديد من كل مسئولية لو أن الحادثة قد وقعت بسبب ظروف خارجية عن استغلال السكة الحديد ..." [٣].

والواقع أن تطبيق المعيار الموضوعي لقياس استقلال الحدث عن إرادة المدين يقتصر فقط على النقل البري بطريق السكة الحديد حيث لا يجد تطبيقه في مجالات النقل الدولي الأخرى . فتطبيقه على سبيل المثال في مجال النقل الجوي يصطدم بصعوبة كبيرة على اعتبار أن الجو هو مجال نشاط المدين. وإعمال هذا المعيار سيؤدي إلى القول بأن الظواهر الطبيعية لا تعتبر قوة قاهرة لأنها لا يمكن أن تعتبر بعيدة عن هذا المجال [٤].

وتطبيقاً لذلك يرى الأستاذ DE JUGLART أنه "مع أن الجو يشكل العنصر المستخدم من الطائرات والمجال الذي تعمل فيه ، فإنه من الصعب مع ذلك أن نؤكد بأن الظواهر الطبيعية مثل الصاعقة أو الريح أو العاصفة ، أحداث داخلية بالنسبة لمرفق الطيران" [٥].

وينضم بعض الفقه إلى هذا الرأي حيث يقسم المخاطر التي تحدث في مجال الطيران إلى نوعين : مخاطر داخلية وأخرى خارجية، ويرى " أنه من بين المخاطر التي تحدث في هذا المجال يمكن أن نفرق بين المخاطر الداخلية والمخاطر الخارجية . فتقلبات الطقس

---

(١) انظر،

LE ROY (D.), Op. cit., p. 82.

(٢) انظر في الملحق الخاص بالاتفاقية المتعلقة بعمليات النقل الدولي بالسكة الحديد (COTIF)، في ٩ مايو ١٩٨٠، وارد في،

J. - Cl. com., Fasc, 679 - 6 - 1986.

(٣) انظر في تفصيل ذلك،

ALTER (M.), J. - Cl., Responsabilité civile et assurance, Fasc. 470 - 4 et 5, 1990, n° 38.

(٤) انظر في هذا المعنى،

LEBROUIER (J.), Op. cit., p. 234.

(5)DE JUGLART (M.), Traité élémantaire de droit aérien, paris, 1952, p. 222.

و الصاعقة و الرياح و الفيضانات وأعمال الحرب ... كل هذه الأعمال التي يصفها القضاء بالقوة القاهرة تعتبر مخاطر خارجية . والعيوب الخفية في الأجهزة، الحريق، ... تعتبر مخاطر داخلية ... ويعتبر أيضاً من ضمن المخاطر. دون أن نعرف في أي طائفة يمكن أن تندرج، بعض أنواع من الاضطرابات. ... " [1].

أما في واقع عقود التجارة الدولية، فإنه يظهر من الشروط التي يدرجها الأطراف في عقودهم أن المعيار الشخصي هو الغالب في تقدير الشرط. فالأطراف يستخدمون في الغالب عبارة "تخرج عن سيطرة الأطراف Beyond the control of the parties أو صيغ مشابهة لهذه الصيغة " [2] .

وغالبية قرارات التحكيم الصادرة من غرفة التجارة الدولية تطبق بدورها المعيار الشخصي في تقدير استقلال الحدث . ففي القضية رقم ٣٠٩٣/٣١٠٠ عبرت هيئة التحكيم عن هذا الشرط بقولها ".... دون أن يوجد خطأ أو إهمال من الطرف الذي يتمسك بحالة القوة القاهرة ... ... " [3].

وفي قضية Noc / Sun - oil استندت هيئة التحكيم إلى المادة ٢ من العقد التي تعرف القوة القاهرة بقولها "لا مسئولية إذا نتج عدم التنفيذ أو التأخير فيه بسبب ظروف تخرج عن إرادة الأطراف "[4].

وإذا كان المعيار الشخصي هو الغالب في قضاء التحكيم، فقد أخذت هيئة التحكيم بالمفهوم الموضوعي في القضية رقم ٥٦٠٧ لسنة ١٩٨٩. ففي هذه القضية قضت هيئة التحكيم بأن صفة استقلال الحدث تتوافر "إذا لم يكن هناك أية علاقة بين الحدث ونشاط المدين و يجد الحدث مصدره في شئ خارجي عنه.... " [5].

---

(1)CHAUVEAU (P.), Droit aérien, 1951, n° 316.

(٢) انظر.. FONTAINE (F.), Op. cit., p. 214.

(٣) قرار سابق الإشارة إليه سابقاً، بصفة خاصة، ص ٣٦٦ من مجموعة القرارات.

(٤) قرار سابق الإشارة إليه. ونفس الأمر نجده في القرار الصادر في ٢٤ يوليو ١٩٨٥، مشار إليه في د. محيي الدين إسماعيل علم الدين، مرجع سابق، ص ٢٢٤ وما يليها

(٥) قرار تحكيم غرفة التجارة الدولية الصادرة في القضية رقم ٥٦١٧ لسنة ١٩٨٩، وارد في JDI, 1994, P. 1048.

المبحث الثاني
الصعوبات التي يثيرها شرط استقلال الحدث
عن إرادة المدين

١٥٤- نظراً لتعدد وتنوع الأحداث التي يمكن أن يواجهها شرط القوة القاهرة أو شرط " إعادة التفاوض "، فإن المحكمين يواجهون صعوبات كبيرة في تقدير مدى توافر شرط الاستقلال في بعض الأحداث. ومن أكثر الحالات التي تثير هذه الصعوبات حالة الإضراب، وحالة العقود التي تكون الدولة طرفا فيها والتي تسمى " عقود الدولة ". وهذا ما سنبحثه على التوالي في مطلبين متتاليين.

المطلب الأول
صعوبة تحديد استقلال الحدث في حالة الإضراب

١٥٥- يعرف الإضراب على أنه توقف جماعي متعلق بالعمل بغرض ممارسة ضغط على رئيس المشروع أو السلطة العامة [١]. وصعوبة تحديد خصيصة استقلال الحدث في حالة الإضراب أشار إليها الأستاذ "تانك" TUNC عام ١٩٧٩ في المناقشة التي دارت حول "مشكلات طول المدة" بقوله "فيما يتعلق بالإضراب، فأنني أشك أنه من العدل أن يقول المحكم أو القاضي لطرف أنت مسئول عن الإضراب أو على العكس أنت لست مسئولاً عنه" [٢].

والمشكلات التي يثيرها تقدير هذا الشرط في حالة الإضراب لا تقتصر فقط على الدول التي تعترف بمشروعيته [٣]، ولكن تمتد أيضاً إلى الدول التي ترفض قوانينها الأخذ به [٤].

ولتحديد مدى توافر صفة الاستقلال في حدث الإضراب في مجال التجارة الدولية يمكن التمييز بين فرضين :

الفرض الأول: في هذا الفرض ينص الأطراف في العقد على أن الإضراب أو منازعات العمل تعتبر حالة قوة قاهرة أو من الأحداث التي تجيز لأي من المتعاقدين أن يطلب إعادة التفاوض في العقد بهدف تعديل أحكامه. وفي مثل هذا الفرض لا تثور أية صعوبات

---

(١) انظر في هذا التعريف،

CAMERLYNCK (G. H.) et LEYONCACN (G.), Précis du droit du travail, D., 1980, n° 691.

وانظر فى دراسة مستفيضة لموضوع الإضراب،

OMRANE (A.), La force majeure en droit du travail, th., Toulouse 1, 1981.

(2)TUNC (A.), Op. cit., p. 152.

(٣) من القوانين التي تعترف بأن الإضراب يعد حادثاً مفاجئاً يخلص المدين من المسئولية متى توافرت الشروط المنصوص عليها، القانون المدني المصري حيث ينص في المادة ٢/٦٧٣ منه على أنه "........ ويعتبر الإضراب حادثاً مفاجئاً إذا استطاع الملتزم إقامة الدليل على أن وقوع الإضراب كان دون خطأ منه، وأنه لم يكن فى وسعه أن يستبدل بالعمال المضربين غيرهم أو أن يتلافى نتيجة إضرابهم بأية وسيلة أخرى"

(٤) انظر في ذلك،

LE ROY (D.), Op. cit., p. 165.

في اعتبار الإضراب، متى حدث، قوة قاهرة أو شرط "إعادة التفاوض" Hardship تتوافر فيه جميع شروط هذا الوصف أو تلك بما فيها استقلال الحدث عن إرادة المدين.

ولتفادى الخلاف الذي قد يثور حول مدى اعتبار الإضراب كقوة قاهرة أو Hardship، فإن الأطراف غالباً ما يتفقون على اعتباره كذلك [١]. ويعتبره قوة قاهرة أيضاً الشرط النموذجي الذي أعدته غرفة التجارة الدولية فيما يتعلق بالقوة قاهرة أياً كانت صورته [٢].

الفرض الثاني: وهو الفرض الغالب في واقع عقود التجارة الدولية. و.يتمثل في عدم نص الأطراف صراحة على تحديد نظام مُعين لحالة الإضراب. ويحددون شرط الاستقلال بشكل عام دون أن يحددوا تطبيقات مُعينة له . ومثال ذلك أن يتفقوا على أن الأحداث التي تشكل قوة قاهرة أو شرط الـ Hardship هي "الأحداث المستقلة عن إرادة المدين" أو "التي نخرج عن سيطرته" أو أي صيغة أخرى مشابهة لذلك.

في مثل هذا الفرض تدق الصعوبة في مدى اعتبار الإضراب مستقلاً عن إرادة المدين المتمسك به، ومعيار هذا الاستقلال.

وإذا كانت بعض القوانين الوطنية لا تعتبر الإضراب قوة قاهرة استناداً إلى تخلف شرط استقلال الحدث عن إرادة المدين، [٣]، فإن فقه التجارة الدولية يتفق في ضرورة

---

(١) انظر ،

DALINVERNI (D.), Les conditions générales de vente et les contrats - Type de chambres syndicales, LGDJ, paris, 1978, p. 171.; VALENTIN (G.), Les contrats de sous - traitence, Librairie technique, paris, 1979, p. 266.

(٢) انظر الفقرة ٢ (D) من الشرط، وانظر المادة ١٠ من الشروط ١٨٨ من الشروط العامة للجنة الاقتصادية الأوربية للأمم المتحدة لتوريد المواد الأولية التي تضع منازعات العمل في المقام الأول لحالات الإعفاء من المسئولية. انظر في ذلك،

FONTAINE (M.), Op. cit., p. 242.

ونفس الأمر نجده في الفقرة أ من شروط FIDIC، مشار إليها في،

GLAVINIS (P.), Op. cit., p. 160.

(٣) من أمثلة هذه القوانين، القوانين السوفيتية حيث لا تعتبر الإضرابات التي تحدث أثناء تنفيذ العقود السوفينية حالة قوة قاهرة. ولذا يعتبر المفاوضون من الدول الأوربية أنه من غير المفيد محاولة إقناع الطرف السوفيتي بقبوله الإضراب كأحد حالات القوة القاهرة . انظر في ذلك،

SOKOLW (N.), Op. cit., p. 326.

الذي يلاحظ أن ثمة تطوراً قد حدث في هذه القوانين منذ عام ١٩٥٨ ومنذ الشرط الوارد في عقد Soyuznef

ربط تقدير هذا الأمر بأصل الإضراب وكونه داخلياً أو خارجياً عن مشروع المدين[1].

ففي حالة ما إذا كان الإضراب داخلياً في المشروع أي يستمد مصدره من أسباب داخلية في مشروع المدين، كالنزاعات التي تدور بين صاحب المشروع وعماله على زيادة الأجر أو العوائد أو مطالبات أخرى مشروعة ، فإنه من الصعب في هذا الفرض أن يثبت المدين (صاحب المشروع) أن ليس له علاقة بهذا الإضراب وأنه تم لأسباب تخرج عن سيطرته. ولذا يمكن القول في هذه الحالة بعدم توافر شرط استقلال الحدث عن إرادة المدين [2].

ونلاحظ أنه في الحالة التي ينتمي يكون فيها العمال المضربون إلى مشروع المدين، فإنه من الصعب على المدين أن يثبت أن الحدث أجنبي عنه. وهذا الحل مبرر كُلية لأنه يفترض أن أسباب الإضراب ليست مستقلة عن إرادة المدين الذي يعتبر أن له دوراً في إحداثها. ولذا يظل مسئولاً في هذه الحالة عن عدم تنفيذ التزاماته الذي سببه هذا الإضراب [3].

Texport - Jordon الذي تضمن في تعداده لحالات القوة القاهرة حالة الإضراب.

ومنذ هذا التطور استطاعت بعض الشركات الأوربية أن تدرج الإضراب ضمن القائمة التي تحتوي على حالات القوة القاهرة، كما أصبحت الشركات السوفيتية تتبنى في هذا الصدد اتجاهاً يقترب من اتجاه نظيرتها الأوربية. انظر في ذلك.

SOKOLW (N.), Op. cit., p. 327.

أما باقي القوانين الأخرى فتعتبره قوة قاهرة متى توافر فيه شروط هذه النظرية وبصفة خاصة عدم التوقع واستحالة الدفع. انظر على سبيل المثال في القانون الفرنسي،

Cour d'appel de paris, 14 décembre 1964, JCP, 1965, 11, n° 14076.

(١) انظر على سبيل المثال،

LE ROY (D.), Op. cit., p. 166 ; FONTAINE (M.), Op. cit., p. 242.

وانظر عكس ذلك،

LEBROUIER (Y.), Op. cit., p. 233.

حيث يرى أن " الواضح أن هذه التفرقة تتعلق بخصائص أخرى للقوة القاهرة بخلاف شرط استقلال الحدث عن إرادة المدين مثل استحالة الدفع ".

(٢) انظر ،

FONTAINE (M.), Op. cit. , p. 240 ; LE ROY (D.), Ibid ; TUNC (A.), Note sous T.G.I Laval, 1963, D., 1963, p. 674 et s.

(٣) في هذا المعنى،

LE ROY (D.), Op. cit., p. 176 ; DUBISSON (M.), article in " les problèmes de long term ",=

وإذا كان الحال كذلك بالنسبة للإضراب الذي يجد كل أسبابه داخل مشروع المدين، فإن الأمر لا يكون بهذا الوضوح بالنسبة لبعض أنواع أخرى من الإضرابات التي تتجاوز فيها مطالب العمال نطاق مشروع المدين بحيث يصعب القول بأن كل أسبابها داخلية في المشروع [١]. ومن أمثلة هذه الأنواع الإضرابات التي يطلق عليها "الإضرابات السياسية "Les grèves politiques "، وكذلك "الإضرابات العامة Les grèves générales" والتي يمكن أن تقوم بها النقابات لأسباب من طبيعة سياسية أو اقتصادية بعيدة عن مشروع المدين . فهذه الأنواع من الإضراب تستمد وجودها من أسباب مستقلة عن إرادة المدين. ولهذا يصح اعتبارها قوة قاهرة يتوافر فيها شرط الاستقلال على الرغم من إمكانية مشاركة عمال المشروع في هذه الإضرابات [٢].

و إذا كان الإضراب مستقلاً كلية عن مشروع المدين مثل الإضراب الذي يجد سببه في قرارات اقتصادية أو سياسية أصدرتها الحكومة أثرت في حقوق قطاع العمال، فإن الإضراب يعتبر في هذا الفرض أجنبياً عن المدين، ومستقلاً عن إرادته [٣].

١٥٦- وقد أثير التساؤل حول مدى توافر شرط الاستقلال في إضراب التضامن "La gréve de solidarité" [٤]. ويقصد به الإضراب الذي يقوم به مجموعة من العاملين في قطاع مُعين لكي يضمنوا نجاح المطالبات التي يطالب بها مجموعة أخرى من العمال ينتمون لنفس القطاع [٥]. ووجه الصعوبة في هذا النوع من الإضراب هو أنه يرجع لأسباب مهنية، فالقصد منه الضغط على أصحاب الأعمال أو الحكومة لتلبية متطلبات

= Op. cit., p. 148.

(١) انظر في ذلك.

SINAY (H.) et JAVILLIER (J. - C.), Traité de droit du travail, T. 6, La grève, D., Paris, 1984, n° 278. ; LA TOURNERIE (R.), Le droit français de la grève, Sirey, Paris, 1972, p. 128.

(٢) انظر في ذلك،

LE ROY (D.), Op. cit., p. 176.

(٣) انظر،

LEBOULANGER (Ph.), Op. cit., p. 217 ; LE ROY (D.), Op. cit., p. 176.

(٤) انظر في هذا المصطلح،

LA TOURNERIE (R.), Op. cit., p. 351 ; SINAY (H.), Op. cit., p.. 144.

(٥) انظر في هذا التعريف،

LE ROY (D.), Op. cit., p. 177.

فئة معينة من العمال. كما أنه في المقابل لم يتسبب فيه رب العمل مباشرة، خاصة عندما يحدث هذا الإضراب في منشأة مستقلة عن منشأته.

ويختلف الفقه في وصف هذا النوع من الإضراب بالقوة القاهرة خاصة فيما يتعلق بخصيصة الاستقلال، وإن كان الغالب من الفقهاء يرى أن أسباب الإضراب في هذه الحالة مستقلة عن المشروع. فصاحب العمل لم يرتكب خطأ تسبب في إضراب العمال [١].

١٥٧- ومن هذا العرض المتقدم لإضراب العمال وما يثيره من مشكلات خاصة فيما يتعلق بشرط استقلال الحدث عن إرادة الدين، يمكننا القول بأن انتماء شخص المضرب إلى المشروع أو عدم انتمائه له لم يعد يتدخل أو يشارك في تقدير مدى توافر هذا الشرط في الحدث، إلا بشكل ضئيل جداً. فالفقه يركز على أسباب هذا الإضراب، وما إذا كانت داخلية أو خارجية عن المشروع. ويهتم القضاء بفحص ما إذا كان الإضراب يرجع إلى خطأ من رئيس المشروع أم لا [٢]. وقد تبنت محكمة النقض الفرنسية هذا الحل في حكمها الصادر في ٤ فبراير ١٩٨٣. ففي هذه القضية رفضت المحكمة الطعن المقدم على حكم الاستئناف الذي قضى بعدم توافر شروط القوة القاهرة وخاصة شرط استقلال الحدث عن إرادة المدين، وأكدت على أن " المطالبات التي تمت في ديسمبر ١٩٧٧ كانت بسبب القرارات الحديثة التي اتخذتها الحكومة بتجميد الأجور لمواجهة آثار تقويم العملة، وأن هذه القرارات كانت مفروضة على شركة E.D.F، أي كانت مستقلة عن إرادتها " [٣]. وجملة القول أنه إذا لم تكن أسباب الإضراب قرارات مرتبطة بمشروع المدين، فشرط الاستقلال يعتبر متوافراً.

---

(1)Ibid.

(٢) انظر في ذلك،

LEBREQUIER (Y.), Op. cit., p. 232.

وانظر في القضاء الفرنسي على سبيل المثال،

Cass. soc., 26 février 1975, D., 1975, p. 81. ; Cass. soc., 8 mars 1972, D., 1972, p. 340.

(3)Cass. ch. Mixte, 4 février 1983, D., 1983, p. 165.

المطلب الثاني
الصعوبات المتعلقة بعقود الدولة

١٥٨- أوضحنا من قبل أن الدولة أو هيئاتها أو مؤسساتها العامة يكمن أن تتدخل بأكثر من شكل في تنفيذ عقود التجارة الدولية نظراً للأهمية الكبيرة التي تمثلها هذه العقود بالنسبة لاقتصاد الدول [١].

وفي مثل حالات التدخل هذه يثور التساؤل حول مدى استقلال القرارات التي تتخذها الدولة سواء عن شخصها أو عن المشروعات الوطنية التابعة لها ومدى اعتبار هذه القرارات قوة قاهرة أو ظروفاً طارئة تنفي المسئولية أو تجيز تعديل العقد. ويثار التساؤل عندئذ؛ هل القرارات التي تتخذها الدولة مستقلة عن إرادتها ؟

إن محاولة الإجابة على هذا التساؤل تقتضي منا أن نفرق بين فرضين :

الفرض الأول : وفيه ينظم الأطراف هذه المسألة بالنص الصريح في العقد. وهذا التنظيم الاتفاقي قد يأخذ أكثر من صورة :

(١) - فقد يتفق الأطراف على أن الدولة هي التي تتحمل كل مسئولية تنتج عن القرارات التي تتخذها. أو يدرج الأطراف صراحة في العقد عمل الأمير ضمن حالات القوة القاهرة أو شرط "إعادة التفاوض" Hardship أياً كانت الجهة التي تصدره. في مثل هذه الصورة تعتبر كل القرارات التي تتخذها الدولة مستقلة عنها [٢].

(٢)- قد يتفق الأطراف على أن يتحمل كل منهم مسئولية الحصول على التراخيص أو الموافقات المتطلبة لتنفيذ العقد، وبالتالي فإن عدم الحصول على التراخيص في هذه الحالة يشكل خطأ من جانب المتعاقد المسئول، ولا تعد الأسباب الصادرة برفض هذه التراخيص مستقلة عن إرادته.

وبمعنى آخر، فإن هناك قرينة تترتب بمجرد عدم الحصول على التراخيص المطلوبة، مفادها أن الأسباب الصادرة برفض هذه التراخيص ليست مستقلة عن إرادة المتعاقد

---

(١) راجع سابقاً، بند ١٠٥، ص١٦٩.

(٢) انظر في صور تنظيم هذه المسألة في الشروط التعاقدية،
VAN OMMESLAGHE (P.), Op. cit., p. 48.

المسئول عن هذه التراخيص، وهي قرينة بسيطة يجوز إثبات عكسها، بأن يثبت هذا المتعاقد أن هناك أسباب أخرى مستقلة عن إرادته هي التي أدت إلى عدم الحصول على التراخيص.

والجدير بالذكر أن هناك من القوانين الوطنية ما يلزم أحد المتعاقدين بالحصول على التراخيص الإدارية اللازمة لتنفيذ العقود الدولية، وتفرض عليه أيضاً تخطي العقبات التي قد يثيرها تدخل الدولة في هذا الصدد. ومن هذه القوانين، القانون التشيكوسلوفاكي للتجارة الخارجية سابقاً حيث كانت تنص المادة ٢٥٢ منه على أن ".... يلتزم المتعاقد بتخطي أو بتجنب كل العقبات التي تواجه تنفيذ التزامه. ومن هذه العقبات غياب التراخيص الرسمية الضرورية..." [١]. وكذلك القانون الألماني للعقود الدولية الاقتصادية الصادر في ٥ فبراير ١٩٧٦ وبصفة خاصة الفقرة الثالثة من المادة ٣٨ التي تنص على أنه "إذا لم يخطر المدين الدائن بأنه قد حصل على التراخيص المطلوبة خلال ستة شهور، يمكن فسخ العقد". وكذلك المادة ٤٩ من هذا القانون التي تنص على أن "١- كل طرف يجب أن يحصل على نفقته على الرخص المطلوبة من بلده. ٢- عبء الحصول على الرخص المطلوبة من بلد الغير تقع على عاتق المدين حتى مكان التنفيذ، ويتحمل الدائن ما يزيد على ذلك." [٢].

(٣) - وقد يتفق الأطراف على إعفاء الدولة مطلقاً أو الطرف الوطني من أية مسئولية تجاه الطرف الآخر يكون سببها عمل الأمير. وأمثلة هذه الشروط ليست قليلة في الواقع التعاقدي. ونقابل على سبيل المثال الشرط الذي اتفق فيه الأطراف على أنه "لا يلتزم الأطراف بتعويض الخسائر أو الأضرار التي تنتج من احترام المشتري أو البائع لكل النصوص و الإجراءات التي يفرضها نص تشريعي أو لائحي صادر من سلطة عامة " [٣]. وكذلك الاتفاق الذي تم بين الحكومة المصرية وبين شركة أمريكية على

---

(١) انظر في هذا النص،

BYSTRICKY (R.),La codification tchécoslovaque de droit international privé, Cours de la Haye, 1968. p. 530.

(٢)انظر في ذلك،

VENGLER (V.), Note introductive sur la législation nouvelle en R. D. A en matière de droit international privé, Rev. Crit DIP, 1977. P. 191.

(٣) شرط وارد في=

التنقيب عن البترول، حيث تضمن هذا الاتفاق نصاً اتفق فيه الأطراف على أن "القوة القاهرة من الممكن أن تكون أمراً أو لائحة أو مرسوماً صادراً من حكومة جمهورية مصر العربية أو حكومة الولايات المتحدة الأمريكية سواء كان صادراً في شكل قانون أو أي شكل آخر أو أي سبب خارج عن إرادة الشركة المصرية العامة للبترول EGPC أو عن إرادة الشركة الأمريكية ESSO" (١).

و ما تجدر الإشارة إليه هو أن الأطراف في اتفاقاتهم لا يستخدمون مصطلحاً واحداً للتعبير عن تدخل الدولة في حياة العقود الدولية. فعمل الأمير يمكن أن يتخذ أشكالاً مختلفة : منها منع التصدير والاستيراد، قيود على استخدام الطاقة..... . ولكن واقع عقود التجارة الدولية يشهد على أن هناك صيغة عامة يستخدمها الأطراف في هذا الصدد، وهى "الأوامر الحكومية أو اللائحية" أو "الإجراءات التي تتخذها السلطات العامة" (٢).

الفرض الثاني، ويتمثل في حالة عدم وجود شرط خاص بعمل الأمير في العقد. وفي

---

(١) اتفاق ١٤ ديسمبر ١٩٧٤، المادة XX-b، وارد في،

LEBOULANGER (Ph.), Op. cit., p. 220.

وانظر أيضاً الفقرة (e) من الشرط النموذجي الذي أعدته غرفة التجارة الدولية بخصوص القوة القاهرة والظروف الطارئة التي تعدد الأحداث التي تعد قوة قاهرة وفقاً الفقرة الأولى من الشرط وتتضمن هذه الفقرة " أعمال السلطات أياً كانت سواء مشروعة أو غير مشروعة باستثناء تلك التي يتحمل المتعاقد مخاطرها وفقاً لنصوص أخرى في العقد و الحالات المُشار إليها في الفقرة الثالثة من هذا الشرط". وتنص الفقرة الثالثة على أنه " لتطبيق الفقرة الأولى من هذا الشرط، ودون نص مخالف في العقد، لا تشتمل العوائق على غياب الإذن، الرخصة، تأشيرة الدخول أو السماح بالإقامة أو المنح اللازمة لتنفيذ العقد والتي يجب أن تسلم عن طريق السلطة العامة للدولة التابع لها الطرف الذي يتمسك بانتفاء مسئوليته "، شرط مشار إليه سابقاً.

Op. cit., p. 221.

وانظر أيضاً الشروط الواردة في،

FONTAINE (M.), Op. cit., p. 240.

(2)FONTAINE (M.), Les clauses de force majeure dans les contrats internationaux, Dr. prat. com. int., 1979, p. 479; MEINERTWHAGEN - LIMPENS (A.), Typologie des conditions générales des la vente internationale d'objets mobiliers corporels, in " Les ventes internationales de marchandises " , colloque de la faculté de droit d'Aix - en - province, 7- 8 mars 1980, Economica, paris , 1981, p. 92.

وانظر أيضاً،

VAN OMMESLAGHE (P.), Op. cit., p. 53.

هذا الفرض تدق الصعوبة في تحديد مدى توافر شرط الاستقلال في القرارات الصادرة من الدولة بالنسبة للمتعاقد الوطني.

والواقع أن هيئة التحكيم تتمتع بسلطة كبيرة في تقدير مدى توافر خصيصة الاستقلال في هذه الحالة. و دراسة قرارات التحكيم الصادرة في هذا الصدد تؤكد لنا أن المحكمين يقومون ببحث دقيق للعلاقة بين الدولة والمشروع الوطني، ليحددوا قدر الاستقلال الذي يتمتع به هذا الأخير في مواجهة الدولة.

ويمكننا القول بأن المحكمين يعطون الأولوية، في تحديد مدى توافر الاستقلال في القرارات التي تتخذها الدولة، لوجود أو عدم وجود رقابة من جانب الدولة على هذه المشروعات.

١٥٩- أولاً : في حالة وجود رقابة من الدولة على المشروع الوطني:

إذا كانت رقابة الدولة على المشروع رقابة كُلية، سواء فيما يتعلق بتحديد رأس ماله أو إدارته، أو بالأعمال التي يقوم بها، وكان المشروع يقوم بأنشطة تساعد في تحقيق الخطة العامة للتنمية في هذه الدولة. ففي هذه الحلة من الصعب فصله عن الدولة. وبالتالى تعد القرارات الصادرة من الدولة في هذه الحالة صادرة من المشروع أيضاً. ويترتب على ذلك أن المشروع الوطني لا يستطيع أن يتمسك بها كسبب خارج عن إرادته يعفيه من تنفيذ التزامه أو يعطيه الحق في طلب إعادة التفاوض في شأن العقد[١].

و تطبيق هذه الفكرة نجده في القرار الصادر في القضية رقم ٣٠٩٣/٣١٠٠ سالفة الذكر حيث فحصت هيئة التحكيم العلاقة بين الدولة الأفريقية وبين مشروعها الوطني الذي تعاقد مع مشروع وطني لدولة أفريقية أخرى وذلك لتحديد ما إذا كانت القرارات التي اتخذتها حكومة الدولة الأولى تعد قرارات مستقلة بالنسبة لمشروعها الوطني أم لا. وانتهت الهيئة إلي أن المشروع X ليس له شخصية قانونية مستقلة عن دولته. فالمشروع العام والبنك المركزي لهذه الدولة والدولة ذاتها يشكلون وحدة قانونية واحدة، وبالتالي لا يجوز لهذا المشروع أن يتمسك برفض البنك المركزي لدولته السماح بتزويده بالنقد

---

(١) انظر في هذا المعنى،
BEKHECHI (A. - W.) , Op. cit., p. 227 ; LEBOULANGER (PH.), Op. cit., p. 39.

المطلوب للتخلص من المسئولية وأن هذا الرفض لا يمثل قوة قاهرة [١].

ونفس الأمر يؤكده قرار التحكيم الصادر من المركز الدولي لتسوية المنازعات الصادرة في مجال الاستثمار (C.I.R.D.I) بين شركة A.G.T.P spa وبين حكومة الكنغو حيث أكدت هيئة التحكيم بأن "المشروع العام والدولة لا يمثلان، تجاه الغير، إلا وحدة قانونية واحدة، و تدخل السلطة العامة المرتبطة عضوياً بالوظيفة العادية للمشروع لا يشكل سبباً أجنبياً" [٢]

والواضح من كلام الهيئة أنها تفرق بين علاقتين : علاقة الدولة بمشروعها الوطني وعلاقتهما معاً بالغير أي بالمشروعات التي تنتمي لدول أخرى. فقد أكد المحكمون على أن الدولة والمشروع التابع لها يعدان "شخصية قانونية واحدة تجاه الغير" حيث تعتبر هذه المشروعات الوسيلة التي تنفذ بها الدولة خططها العامة للتنمية وتعتبر الأداة التي تستخدمها في إبرام العقود مع المشروعات التابعة لدول أخرى . ولهذا فإنه وإن كان من المقبول أن الدولة تختلف عن مشروعها على المستوى الداخلي، فلا يقبل أن تكون كذلك على المستوى الدولي [٣]. وتطبيق آخر نقابله في حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في إبريل ١٩٧٠ فيما يخص العقود المبرمة بين شركة Air France وعمالها. ففي هذه القضية أكدت المحكمة على أن العلاقة بين الدولة والمدين الخاضع للوصاية تمنع من أن تعتبر التدخلات، مستقلة عن إرادتها ومن ثم لا تعتبر قوة قاهرة بالنسبة له [٤].

وفي قضية هضبة الأهرام Plateau des pyramides [٥] لم توافق هيئة التحكيم،

---

(١) قرار تحكيم غرفة التجارة الدولية، المجموعة الأولى من القرارات، ص ٣٦٥.

(٢) قرار وارد في،

Rev. cri. DIP, 1981, p. 803.

(٣) انظر في هذا المعنى،

OPPETIT (B.), Arbitrage et contrats d' Etat, l' arbitrage Framatone et autres c/ Enrgy organization of Iran, JDI, 1984, PP. 37 - 80.

(4)Cass. soc. 11 avril 1970, D., 1970, p. 107, coclu. MELLOTTÉE.

(٥) تتلخص وقائع هذه القضية فى الآتي : فى ٢٣ سبتمبر ١٩٧٤ أبرم عقد بين وزير السياحة المصري ممثلاً عن حكومة جمهورية مصر العربية والهيئة المصرية العامة للسياحة والفنادق إيجوث E.G.O.T.H كطرف، وشركة ممتلكات جنوب الباسفيك S.P.P (Southern pacific properties) وشركة الباسفيك للشرق الأوسط S.P.P.M.E (Limited Middle East Southern pacific) كطرف ثان، وذلك بهدف إنشاء مركزين سياحيين، أحدهما قريب من مقر الأهرامات والآخر بمنطقة راس الحكمة. التزم الطرف المصري=

بعد أن فحصت العلاقة بين الحكومة المصرية وبين الهيئة المصرية العامة للسياحة والفنادق (إيجوث) E.G.O.T.H [1] ، على دفع الهيئة المصرية العامة للسياحة بانتفاء مسئوليتها على أساس القوة القاهرة التي تتمثل، من وجهة نظرها، في إلغاء العقد بقرار صادر من الحكومة المصرية. رفض المحكمون ادعاء الهيئة المصرية العامة للسياحة بأنها جهة مستقلة قانوناً عن الدولة. واستندت في رفضها إلى وجود رقابة مستمرة من جانب الوزير المختص على هذه الهيئة ، على الرغم من توافر الانفصال العضوي بين الهيئة والدولة [2] . فالرقابة التي تمارسها الحكومة على الهيئة المصرية العامة للسياحة كانت كافية في نظر هيئة التحكيم لرفض حجة الاستقلال [3].

وفي نزاع بين لجنة الطاقة الذرية في دولة آسيوية وبين شركة متخصصة في مجال

= بمقتضى هذا العقد، باتخاذ كل ما يلزم لنقل حيازة الأراضي اللازمة لإقامة المركزين السياحيين ، والتزم الطرف الآخر بإقامة المركزين المتفق عليهما، وإنشاء شركة مصرية يوزع رأس مالها إلى : ٤٠٪ تخص الشركة الأولى وشركة ممتلكات جنوب الباسفيك S.P.P ، و ٦٠ تخص الشركة الثانية وشركة الباسفيك للشرق الأوسط S.P.P.M.E.، كما يلتزم بضمان العمليات الهندسية والدراسات المعمارية وتمويل عمليات التشييد والتسويق.

وإزاء معارضة شديدة لإقامة هذين المركزين السياحيين فى منطقة الأهرامات خشية التأثر بهما، أوقفت الحكومة المصرية العمل فى المشروع، ولم تنقل حيازة الأراضي إلى الطرف الآخر كما هو متفق عليه، ثم فى مرحلة لاحقة ألغت المشروع كله.

تمسكت الشركات الأجنبية بشرط التحكيم الذي تضمنه ملحق العقد الذي تم فى ١٢ ديسمبر ١٩٧٤ ولجأت إلى غرفة التجارة الدولية مطالبة بالتعويضات اللازمة لجبر الأضرار التي أصابتها من إلغاء المشروع. وقائع هذه القضية واردة فى،

JDI, 1985, p. 130 et s.

(١) تحولت الهيئة المصرية العامة للسياحة والفنادق (إيجوث) E.G.O.T.H (Egypt General Organization of Tourism and Hotles) - بمقتضى القرار الجمهوري رقم ٥٠ لسنة ١٩٧٦ الصادر بتخصيص بعض الأنشطة التابعة للقطاع العام - إلى شركة مصرية أطلق عليها " الشركة المصرية للسياحة والفنادق " E.C.T.H (Egypt Company of Tourism and Hotles)، راجع فى ذلك، د. عصام الدين القصبى، المرجع السابق، بند ٥٦، ص ١٣٥.

(٢) قرار تحكيم غرفة التجارة الدولية، صادر في باريس في ١٦ فبراير ١٩٨٣، وارد في،
Rev. arb., 1986, pp. 105-129.

(٣) انظر في هذا المعنى،
LEBOULANGER (P.), Etat, politique et arbitrage, l'affaire du plateau des pyramides, Rev. arb., 1986, pp. 3 - 28; OSMAN (F.), th., precitée, pp. 89 - 103et p.192.
وقارن د. عصام القصبى، مرجع سابق، بند ٥٦، ص ١٣٦ حيث يرى سيادته أن مفهوم القوة القاهرة كان متحققاً فى هذه القضية. فالهيئة المصرية العامة للسياحة لم تساهم بإرادتها فى وقوع الأحداث التى وقعت، ولكن هيئة=

أعمال الذرة في دولة أجنبية، لم تقبل هيئة التحكيم الدفع بالقوة القاهرة التي تمسكت به الشركة والمتمثل بالنسبة لها في القرارات الحكومية الصادرة بمنع التعاقد مع الدولة الآسيوية وبمنع توريد أي مواد أو آلات أو خبرة متعلقة بصناعة الذرة. ورأت الهيئة أن الشركة تعد جزءاً من حكومة دولتها وأن العلاقة الوثيقة بينهما لا تسمح بالقول بانفصال شخصيتها القانونية عن شخصية دولتها [١].

١٦٠- ثانياً: في حالة عدم وجود رقابة من الدولة على المشروع الوطني:

إما إذا لم يكن للدولة رقابة على المشروعات الوطنية، أو إذا لم تصل الرقابة إلى حد الرقابة الكلية، كأن تسمح الدولة لهذه المشروعات بحرية واسعة في إبرام العقود وتحديد محتواها، فإن قضاء التحكيم لا يتردد في قبول دفع هذه المشروعات بوجود خصيصة الاستقلال عن القرارات التي تصدرها الدولة. هذا ما نلمسه جيداً من قرار محكمة التحكيم في القضية رقم ٢٤٧٨ لسنة ١٩٧٤ الذي وافقت فيه على طلب الشركة الرومانية اعتبار القرار الصادر من السلطة الرومانية بإلغاء الرخص المتطلبة لتسليم الكربون محل العقد قوة قاهرة بالنسبة لها ويعتبر أجنبياً عنها. ورفضت الهيئة ادعاء الشركة الفرنسية بوجود اتحاد في الشخصيات بين الشركة الرومانية والسلطة المختصة في دولتها لأن الاثنتين تخضعان لرقابة دولة واحدة [٢].

وفي قضية البترول السوفيتية والمعروفة باسم Jordan Investment طبقت هيئة التحكيم للتجارة الخارجية بموسكو نفس القاعدة. فقد وافقت الهيئة على دفع المؤسسة السوفيتية Sojuzne Ftaksport (البائعة) بالقوة القاهرة التي تمثلت لها في سحب الحكومة السوفيتية رخص تصدير البترول إلى الشركة الإسرائيلية Jordan Investment عقب اعتداء إسرائيل على مصر عام ١٩٥٦.

وقد سببت هيئة التحكيم قرارها برفض هذا الدفع بأن المؤسسة السوفيتية والحكومة

=التحكيم فضلت إدخال الشركة فى المسئولية حتى تتفادى مواجهة أعمال السيادة الصادرة من الحكومة المصرية.

(١) انظر في هذا القرار، د. محي الدين إسماعيل علم الدين، مرجع سابق، ص ٢٢٤ وما يليها وبصفة خاصة ص ٢٢٨.

(٢) انظر قرار تحكيم غرفة التجارة الدولية، القضية رقم ٢٤٧٨ لسنة ١٩٧٤، واردة في، المجموعة الأولى من القرارات، ص ٢٣٣.

السوفيتية يعتبران شخصية قانونية واحدة ومن ثم فالقرار الصادر من هذه الأخيرة لا يعتبر أجنبياً عن الأولى. ورأت الهيئة أنه على الرغم من أن المؤسسة السوفيتية (البائعة) تعتبر عضواً اقتصادياً في التجارة الخارجية السوفيتية، إلا أنها هيئة قانونية مستقلة، ولها شخصيتها القانونية المستقلة عن الدولة ويشارك في العمليات الاقتصادية باسمه الخاص.(١).

ولا يحيد القضاء الإنجليزي عن هذه القواعد. ففي قضية Czarnikow c/ Rolimpex نظرت غرفة اللوردات النزاع الذي نشب بين المشروع الإنجليزي Czarnikow وبين هيئة التجارة الخارجية ببولونيا على أثر عدم تنفيذ هذه الأخيرة التزامها تجاه الأول بتسليم السكر محل العقد. وقد احتجت هذه الأخيرة بالقرار الصادر من مجلس الوزراء البولوني بمنع تصدير السكر وسحب كل رخص التصدير التي صدرت في العام الماضي نتيجة لسوء المحصول الذي تسببت فيه الفيضانات. وأشارت هيئة التحكيم إلى أنه " من الصحيح أن شركة Rolimpex قد تم إنشاؤها بقرار من الدولة ولكنها ليست مرتبطة بها بالمعنى الدقيق لدرجة القول بأن قرار الحظر الصادر من مجلس الوزراء يرجع إليها.. وأن الاستقلال بين هذه الهيئة والدولة واضح "(٢).

ونقابل تطبيقاً لآخر لهذه الفكرة في قضية Noc c/ Libyan Sun - oil . في هذه القضية تمسكت Sun - oil بالقرارات الصادرة من الحكومة الأمريكية والخاصة بتأشيرات السفر والتنقل من وإلى ليبيا، وكذلك القيود الجديدة التي فرضتها الحكومة، وأنها تعد بالنسبة لها قوة قاهرة تعفيها من التزامها تجاه شركة Noc. قبلت هيئة التحكيم هذا الدفع ورأت أن القرارات التي اتخذتها الحكومة الأمريكية لا تعتبر صادرة

---

(١) انظر في التعليق على هذه القضية،

DOMKE (M.), The Israeli - Sovil oil Arbitration, Amer. of com. law, 1959, p. 787.

وانظر أيضاً تعليق ROBERT (J.) على قرار التحكيم، وارد في،

Rev, arb., 1960, pp. 76 - 86.

(٢) قرار غرفة اللوردات الصادر في ٦ يوليو ١٩٧٨، وارد في،

Halsbury' s law of England, Juillet 1978, p. 12.

وانظر في التعليق عليه،

WENGLER (W.), Nouveaux aspects de la problèmatique des contrats entre Etats et personne privée, Rev. belg. DI, 1978, p. 407.

من شركة Sun - oil بل تعد خارجة عنها[١].

١٦١- خلاصة ما تقدم أن قضاء التحكيم يبحث في العلاقة التي تربط المشروع الوطني بدولته لتحديد قدر الاستقلال والذاتية التي يتمتع بها هذا المشروع تجاه الدولة. وإذا كان المعيار العضوي المتمثل في انفصال المشروع هيكلياً عن الدولة معياراً هاماً في تحديد هذه العلاقة، فإنه لا يكفي بمفرده لتحديد مدى الاستقلال الذي يتمتع به هذا الأخير بشكل دقيق. ولذا نجد أن قضاء التحكيم يكمل هذا المعيار بمعايير أخرى. وهى معايير وإن اختلفت في كل حالة على حدة، فإنها تتفق في مضمونها العام في أنها تسمح ببيان مدى التأثير الذي تمارسه الدولة على المشروع التابع لها[٢].

ويرى الأستاذ MAYER ضرورة عدم قبول تمسك المشروع الوطنى التابع للدولة بالقوة القاهرة المتمثلة في القرارات التي تتخذها هذه الدولة حتى ولو كانت هذه القرارات أجنبية عن المشروع الوطنى. ويبرر هذا الأستاذ وجهة نظره بأنه لو أخذنا في الاعتبار استقلال الشخصية القانونية للمشروع عن الشخصية القانونية للدولة لترتب على ذلك عدم مسئولية المشروع الوطنى وعدم مسئولية الدولة تبعاً لذلك، مما يضر بحقوق المستثمر الأجنبى، الأمر يجعله يحجم عن التعامل مع هذه الدولة أو مشروعات تابعة لها بعد ذلك[٣].

ويرى هذا الأستاذ أنه يكفي للقول بأن القرار الصادر من الدولة صادر أيضاً من المشروع التابع لها - وتقوم مسئوليته في هذه الحالة - أن يخضع هذا المشروع لوصاية الدولة أو لوصاية أى جهاز إدارى فيها، أو إذا منحته الدولة سلطة التعاقد وتحديد

---

(١) قرار تحكيم غرفة التجارة الدولية الصادر في باريس في ٣١ مايو ١٩٨٥ و ٢٣ فبراير ١٩٨٧، تعليق AUDIT (B.) وارد في،

Rev. arb., 1991, p. 265.

ويرى البعض أن القرارات الصادرة عن هذه الشركة تعد مستقلة عنها لأن المشروع الذى تمسك بفكرة القوة القاهرة ليس إلا شركة أمريكية متعددة الجنسيات ولا تعد جهازاً تابعاً للدولة الأمريكية. د. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص ١٠٠.

(٢) في نفس المعنى،

BEKHECHI (A. - W.), Op. cit., p. 236.

(٣) انظر،

MAYER (P.), La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat en matière de contrats d'Etat, JDI, 1986, p. 74 et s.

مضمون العقد الذي يبرمه دون تدخل منها. في مثل هذه الفروض يوجد مبدأ من مبادئ القانون عبر الدول "Transnational Law" يقضى بعدم استقلال شخصية المشروع عن شخصية الدولة [1].

وما تجدر الإشارة إليه أن اتجاه قضاء التحكيم السابق والخاص بالبحث الدقيق في مضمون العلاقة بين الدولة والمشروع الوطنى التابع لها - وإن كان قد وجد حلاً لبعض المشكلات التي يثيرها الشرط في عقود الدولة وخاصة عندما تتمسك هيئة عامة أو مشروع عام بقرارات وتشريعات صادرة عن حكومة دولته للتخلص من المسئولية - لا يزال يواجه بعض المشكلات التي يصعب حلها. وتظهر هذه المشكلات بصفة خاصة عندما تكون الدولة هي التي تتدخل بنفسها في العلاقات القانونية مع المشروعات التابعة لدولة أخرى وتتمسك بالقرارات الصادرة منها للتخلص من المسئولية. وتتمثل هذه المشكلات في أن الدولة، أثناء تنفيذ العقد، قد تصدر قرارات تؤثر في تنفيذ العقد بشكل أو بآخر. وقد تصدر الدولة هذه القرارات بصفتها سلطة عامة. ومثال لذلك أن تبرم وزارة الزراعة عقداً مع دولة أو مشروع أجنبي لاستيراد آلات زراعية معينة تصلح للقيام بأعمال تدخل في نشاط هذه الوزارة. وأثناء تنفيذ العقد تصدر وزارة المالية قرارات تفرض ضرائب على هذا النوع من الآلات أو تمنع استيرادها، فهل يجوز لوزارة الزراعة أن تتمسك بهذه القرارات الصادرة من وزارة المالية للتخلص من المسئولية عن عدم تسلم هذه الآلات ؟

لا يتفق الفقه على إجابة واحدة على هذا التساؤل. فبينما يرى الأستاذ LEBOULANGER أن "عمل الأمير بالمعنى الواسع لا يعد سبباً لدفع مسئولية الدولة إذا كانت الدولة طرفاً في العقد، لأن القول بعكس ذلك سيكون غير منطقي وسيعرض العقود الدولية لخطر عدم التنفيذ" [2]، فإن الأستاذ OSMAN يفرق بين التصرفات التي تقوم بها الدولة باعتبارها سلطة عامة أو سلطة ذات سيادة Jure imperi، وبين التصرفات التي تقوم بها باعتبارها سلطة إدارة أو سلطة متعاقدة Jure gestions [3].

---

(١) انظر فى هذا المصطلح،

Ibid.

(٢) انظر،

LEBOULANGER (Ph.), Op. cit., p. 20.

(٣) انظر،

OSMAN (F.), Op. cit., p. 203 ; TSCHANZ, Contrats d' Etat et mesures uuilatérales de=

فعندما تتصرف الدولة كسلطة متعاقدة، لا تستطيع أن تحتج بأن القرارات الصادرة منها تعتبر أجنبية عنها و يتوافر فيها شرط الاستقلال. أما إذا تصرفت الدولة باعتبارها سلطة عامة أو سلطة ذات سيادة، فإن إحدى السلطات العامة المتعاقدة تستطيع أن تتمسك بفعل الأمير الراجع إلى سلطة عامة أخرى [1]. وهذه الخصيصة المُركبة للدولة أشار إليها قرار التحكيم الصادر بين شركة Amco Asia وبين الحكومة الإندونيسية عندما أكدت أن "الدولة هي الحامية الطبيعية للمصلحة العامة والاجتماعية. لذا فلها الحق في شأن تنفذ أو تلغي العقد، عند الضرورة أو عندما تتطلب المصلحة العامة ذلك، هذا كله إلا إذا تصرفت باعتبارها شخصاً من أشخاص القانون الخاص ولا تمارس أية امتيازات للسلطة العامة" [2].

١٦٢- ونحن من جانبنا ننضم إلى رأي الأستاذ LEBOULANGER الذي يرى أن الدولة تكون مسئولة في جميع الحالات، مادامت طرفاً في العقد سواء تعاقدت بصفتها سلطة ذات سيادة أو سلطة إدارة. ويرجع تفضيلنا لهذا الرأي إلى سببين :

السبب الأول، إذا اعتبرنا أن الدولة مسئولة في جميع الحالات، فإن هذا يحمى المتعاقد معها ، ويضمن أيضاً ثبات العلاقات التي تدخل فيها الدول مع المشاريع التابعة لدول أخرى. ولا يمكن التسليم بما يقوله الأستاذ OSMAN من أن المتعاقد يستطيع أن يحمي نفسه بإدراج بعض الشروط التي تراعي مصالحه ضد تدخلات الدولة. ومثال هذه الشروط، الشرط الذي ينص على مسئولية الدولة في جميع الحالات، أو شرط عدم المساس أو الثبات والذي يضمن ثبات التشريعات الصادرة من الدولة وقت إبرام العقد

=l'Etat devant l'arbitre international, Rev. cri. DIP, 1985, p. 48.

وقريب من هذا المعنى،

VAN OMMEESLAGHE (P.), Op. cit., p. 49.

(١) انظر،

OSMAN (F.), Op. cit., p. 204.

(٢) قرار غرفة التجارة الدولية، صادر في ٢٥ سبتمبر ١٩٨٣، Amco Asia وآخرين ضد الحكومة الإندونيسية، وارد في،

JDI, 1986, pp. 202 - 221.

ويرى الأستاذ OSMAN أن مسئولية الدولة في هذه الحالة تعتبر مسئولية شبه تعاقدية لأن الدولة عندما تتصرف باعتبارها ذات السيادة لا تعتبر طرفاً في العقد. انظر،

Op. cit., p. 205

وإعاقة كل تعديل تنوي الدولة القيام به. ويرجع عدم اتفاقنا مع الرأى السابق إلى أن هذه الشروط لا تقدم الحماية الكافية للمتعاقد، كما أن مدى فاعليتها في منع الدولة من إصدار تشريعات جديدة تؤثر على العقد أو منعها من التدخل بالتعديل في العقد، أمر مختلف فيه فقهاً وقضاءً. فإذا كان البعض يرى أن الدولة تستطيع أن تقوم بما تراه مناسباً من التعديلات التشريعية حتى مع وجود هذه الشروط التي لا تستطيع تقييد سيادة الدولة في سبيل المصالح الخاصة [١]، فإن البعض يقصر أثر هذه الشروط على حالة ما إذا اتصل العقد بالقانون الدولي ولا يحكمه القانون الوطني، أما لو كان يحكمه هذا الأخير فلا عمل لهذه الشرط ويمكن للدولة تجاهلها [٢].

السبب الثاني ، ويرجع هذا السبب إلى أن التفرقة بين صفات الدولة المتعاقدة، واختلاف مسئوليتها وفقاً لاختلاف هذه الصفات سيؤدي إلى إحجام المتعاقد الأجنبي عن الإقدام على التعاقد مع مثل هذه الدولة. ولا يخفي أثر هذا الإحجام على اقتصاد هذه الدولة خاصة إذا كانت، وهذا هو الحال دائماً، دولة آخذة في النمو تتطلع إلى تحسين اقتصادها وهياكل إنتاجها و تعتبر العقود الدولية بالنسبة لها أهم الوسائل لتحقيق هذه الأهداف.

(١) انظر في تفصيل هذه الآراء،
KAHN (PH.), Contrats d' Etat et nationalisation, les rapports de la sentence arbitrale du 24 mars 1982, JDI, 1982, p. 844.

(٢) في نفس المعنى،
WEILL (P.), Les clauses de stabilité ou d 'intengibilité inserées dans les accordes de développement économique, in Mélanges ROUSSEAU, Pédone, paris, 1974, p. 303.

القســم الثاني
وحدة الآثار المترتبة على إعمال شرطي القوة القاهرة و " إعادة التفاوض "

١٦٣- انتهينا في القسم الأول إلى أن القوة القاهرة في عقود التجارة الدولية لها مفهومان مختلفان: مفهوم تقليدي ومفهوم حديث أو مرن. وتتنوع علاقة القوة القاهرة بشرط "إعادة التفاوض" Hardship وفقاً للمفهوم الذي يتبناه الأطراف لها. فإذا تبنى الأطراف المفهوم التقليدي، ابتعد مفهوم القوة القاهرة عن مفهوم شرط "إعادة التفاوض"، والعكس صحيح إذا تبنوا المفهوم المرن لها حيث يكاد يتطابق المفهومان.

وإذا كان القسم الأول من الرسالة قد اهتم بدراسة الاقتراب بين القوة القاهرة بمفهومها الحديث و شرط إعادة التفاوض فيما يتعلق بالمفهوم وشروط التطبيق، فإن القسم الثاني يعنى بدراسة هذا الاقتراب فيما يتعلق بالآثار التي يرتبها كل منهما.

ومن خلال دراسة شروط القوة القاهرة وشروط "إعادة التفاوض" التي يدرجها الأطراف في عقودهم، نلاحظ أن يترتب على كل من الشرطين أثران متطابقان يتمثلان في بقاء العقد والحفاظ عليه، وفرض التزامات جديدة على عاتق الطرفين.

وترتيباً على ذلك، سوف نقسم القسم الثاني من الرسالة إلى بابين على النحو التالي:

البـــاب الأول : مبدأ بقاء العقد والحفاظ عليه

الباب الثاني : الالتزامات التي يرتبها كل من شرطي القوة القاهرة و"إعادة التفاوض" Hardship على عاتق الطرفين.

الباب الأول
مبدأ بقاء العقد

١٦٤- تُبرم عقود التجارة الدولية غالباً لمدد طويلة، وتسبقها مرحلة طويلة من المفاوضات والإعداد للعقد وبذل الجهد والمال، وموافقة السلطات الرسمية في الدول المعنية على هذه العقود. ولا تمثل هذه العقود أهمية كبيرة بالنسبة لطرفيها فقط كباقي العقود، وإنما تتجاوز أهميتها الاقتصادية والاجتماعية الأطراف الذين أبرموها وتمتد إلى الدول التابع لها هؤلاء الأطراف. بل إن الفائدة تمتد أحياناً إلى الدول الأخرى المجاورة التي تستفيد من المشروعات التي تنشأ تنفيذاً لهذه العقود.

ولذا نجد أن الأصل في عقود التجارة الدولية أن العقد يبرم بهدف بقائه والاستمرار في تنفيذه تحت أية ظروف. وإذا واجهت هذه العقود صعوبات تمنع أو تعرقل تنفيذها، فإن المتعاملين في هذه العقود [1]، ومحكمي التجارة الدولية [2] يبذلون قصارى جهدهم في الحفاظ على العقد وتجنب فسخه وإنهاء العلاقة بين الطرفين. كما أن بقاء العقد يعتبر حقيقة مؤكدة ينادي بها فقهاء التجارة الدولية [3].

وقد خلق الواقع التعاقدي وسيلتين لحماية العقد والاستمرار في تنفيذه. تتمثل الأولى

---

(١) يظهر حرص المتعاملين في التجارة الدولية على هذا الأصل من خلال ما يدرجونه من شروط في عقودهم كما سوف نرى.

(٢) يظهر حرص محكمي التجارة الدولية على مبدأ بقاء العقد في قراراتهم التي تصدر دائماً برفض المساس بالعقد إذا تغيرت ظروف تنفيذه ، ما لم تأخذ هذه الظروف صورة الاستحالة المطلقة في التنفيذ. ويؤسس المحكمون قراراتهم على قرينة تسمى قرينة علم المتعاملين في عقود التجارة الدولية. فالمحكمون يفترضون دائماً أن المتعاملين في هذه العقود أشخاص محترفون لا يقدمون على التعاقد إلا بعد دراسات مستفيضة لكل احتمالات تنفيذ العقد وكافة التغيرات التي قد تحدث أثناء تنفيذ العقد. فإذا ابرم العقد فهذا يكون لسبب واحد هو بقاء العقد وتنفيذه بالشكل الذي اتفق عليه الأطراف دون سواه. ومن القرارات التي تبنى فيها المحكمون هذه الوجهة من النظر انظر على سبيل المثال، قرار تحكيم غرفة التجارة الدولية الصادر في القضية رقم ١٥١٢ لسنة ١٩٧١، المجموعة الأولى من القرارات، ص ٢٠٧، والقرار الصادر في القضية رقم ١٩٩٠، لسنة ١٩٧٢، وارد في المجموعة الأولى من القرارات ١٩٧٤ - ١٩٨٥، ص ١٩٩، والقرار الصادر في القضية رقم ٢٤٣٨ لسنة ١٩٧٥، المجموعة الأولى من القرارات،ص ٢٥٣، والقرار الصادر في القضية رقم، ٢٧٠٨ لسنة ١٩٧٦، المجموعة الأولى من القرارات، ص ٢٩٧. وهذه القرارات جميعاً علق عليها الأستاذ " ديران " DERAINS (Y.) .

(٣) تؤكد غالبية فقهاء التجارة الدولية - إن لم يكن كلهم- على أهمية بقاء العقد الدولي وخطورة فسخه بالنسبة=

في التوسع في استخدام نظام وقف العقد فترة معينة يستأنف بعدها العقد سريانه الطبيعي. وتتمثل الوسيلة الثانية في فن تعاقدي جديد ولد في كنف التجارة الدولية وميز العقود الدولية فلا لوجوده في العقود الداخلية ألا وهو نظام إعادة التفاوض في العقد بهدف الوصول إلى حل ودي يرضي الطرفين ويضمن للعقد بقائه.

وعلى هذا ينقسم هذا الباب إلى :

الفصل الأول : وقف تنفيذ عقد التجارة الدولية

الفصل الثاني: إعادة التفاوض في العقد

= للطرفين معاً. انظر على سبيل المثال،

FONTAINE (M.), Op. cit., p. 230 et s ; OPPETIT (B.), Op. cit., p. 798 ; CABAS (F.), Op. cit., p. 86.

الفصل الأول
وقف تنفيذ عقد التجارة الدولية

١٦٥- قد يطرأ على تنفيذ العقد بعض الأحداث التي تجعل هذا التنفيذ مستحيلاً لفترة زمنية معينة، قد تطول أو تقصر. وزوال العقد بسبب هذه الأحداث أمر غير مرغوب فيه، وبناءً في المنطق القانوني السليم لاسيما في عقود التجارة الدولية. وتفادياً لهذه النتيجة، وتمشياً مع رغبة الأطراف في هذه العقود في الإبقاء على العقد واستمرار العلاقة بينهما، نشأ نظام وقف العقد.

ويعرف الوقف على أنه تعطيل أو إعاقة مؤقتة في تنفيذ العقد، ناجمة عن حدث يخرج عن سيطرة الأطراف، ويهدف إلى الحفاظ على الرابطة العقدية خلال فترة الانقطاع من أجل استئناف العقد مرة أخرى [١]. ويعرف أيضاً بأنه فترة من الوقت يسكن فيها تنفيذ العقد لحين انتهاء الظروف التي تواجهه ثم يعود بعدها إلى السريان العادي [٢].

ويهدف الوقف إلى تحقيق فائدة مزدوجة : فهو أولاً يحمى العقد من الزوال الحال بسبب وجود عائق قد يستمر فترة قصيرة، أى يؤمن بقاء العلاقة التعاقدية بين الأطراف والمراكز القانونية لهم خلال فترة زمنية معينة. وهو ثانياً، يسمح للعقد بالسريان مرة أخرى ومنتجاً لنفس الآثار التي كان ينتجها من قبل؛ وبمعنى آخر يحفظ فرصة العقد في المستقبل [٣].

وإذا كانت القوة القاهرة بمفهومها التقليدى تجيز وقف العقد، كما تجيزه أيضاً القوة القاهرة بمفهومها الحديث. فإن نطاق الوقف يختلف في كل من المفهومين. ويظهر هذا

---

(١) انظر في هذا التعريف، د. محمد نصر الدين منصور، نحو نظام قانوني لوقف عقود العاملين حال توقف العمل في المنشآت، دار النهضة العربية، ١٩٨٩، القاهرة، ص١١ - ١٢. وقريب من ذلك، د. حسين عامر، القوة الملزمة للعقد، المرجع السابق، ص ٤٤١ : وأنظر أيضاً،
SARRAUTE (R.), De la suspension dans l'exécution des contrats, th., paris., 1929, p. 82.

(٢) انظر في تعريفات أخرى للوقف في الفقه الفرنسي والمصري، د. عبد الوهاب على بن سعد الرومي، رسالة سابقة، بند ٣٣٨، ص ٧٥٤.

(٣) انظر في نفس المعنى، د. حسام الدين كامل الأهواني. النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، مرجع سابق، بند ٥٣٥، ص ٣٧٩.

الاختلاف من ناحيتين :

فمن ناحية، يقتصر الوقف في ظل المفهوم للتقليدي للقوة القاهرة ، حسب الأصل، على حالة الاستحالة المؤقتة في الالتزام، فلا يمتد إلى أى حالة أخرى. أما في ظل المفهوم الحديث للقوة القاهرة فإن الوقف يمتد إلى حالة إعادة التفاوض التي يفرضها هذا المفهوم. ففي الغالب في عقود التجارة الدولية، كما سوف نرى في الفصل القادم، ما يتفق الأطراف على أنه في حالة وقوع حدث القوة القاهرة ، سوف يلتقون لمناقشة أثر تغير الظروف على أحكام العقد بهدف الوصول إلى حل عادل للطرفين. وبهذا الأثر يتجلى الفارق بين النتائج التي يرتبها كل من المفهوم القديم والحديث لقوة القاهرة، وتقترب به من النتائج التي يرتبها حدث الـ Hardship ، أي أن المفهوم الحديث للقوة القاهرة يعرف حالة جديدة من حالات وقف العقد هى وقف العقد في حالة إعادة التفاوض في العقد

ومن ناحية ثانية، فإنه حتى بالنسبة لوقف العقد في حالة الاستحالة المؤقتة، والتي تعتبر عاملاً مشتركاً بين المفهوم القديم والحديث للقوة القاهرة، فإنه يظل الفارق واضحاً بين المفهومين في هذا الصدد.

ففي ظل المفهوم التقليد ي للقوة القاهرة، يوقف العقد إذا كان مانع التنفيذ مؤقتاً في حالتين : إما أن يتفق الأطراف على اعتبار المانع أو الحادث الذي سبب الاستحالة مؤقتاً ومن ثم يوقف تنفيذ العقد خلال فترة بقاء هذا المانع، أو أن يفرضه القاضي على الأطراف عند لجوئهم إليه، سواء لرفض أحدهما التسليم بأن المانع مؤقت أو لمعارضة أحدهما الوقف الذي يطالب به الأخر. ويستطيع القاضي وقف العقد في هذه الحالة إذا ظهر له من ظروف الدعوى إمكانية زوال المانع بعد فترة من الوقت؛ أي تكون ظروف الدعوى واضحة الدلالة على وجود مانع مؤقت .

واتفاقات الأطراف على وقف العقد في حالة القوة القاهرة قليلة الوجود في العقود الداخلية، إن لم تكن نادرة. أما الوسيلة الغالبة في هذه العقود فتكمن في فرض القاضي نظام الوقف على الأطراف، وإن كان حكمه في هذه الحالة يعد مقرراً وليس منشئاً.

والأمر على خلاف ذلك فيما يتعلق بالاستحالة المؤقتة في ظل المفووم الحديث للقوة القاهرة. ففي غالبية عقود التجارة الدولية التي يتبنى فيها الأطراف هذا المفهوم يظهر

بوضوح حرص الأطراف على النص على وقف العقد في حالة وجود أي عائق أو مانع يحول دون تنفيذ العقد. ولذا يمكن القول بأن الوقف في ظل المفهوم الحديث يجد أساسه الأول في اتفاقات الأطراف، بعكس الحال في ظل المفهوم التقليدي لها.

خلاصة هذا الأمر أن نظام وقف العقد في حالة الاستحالة المؤقتة في ظل المفهوم المرن للقوة القاهرة أصبح الأصل الذي تتجه إليه إرادة الأطراف ولا يوجد اعتراض عليه من أحدهما بحيث أصبح مسلمة من مسلمات التجارة الدولية [١]. ويعبر الأستاذ "فونتان" FONTAINE عن ذلك بقوله "والجدير بالذكر أن النظرية التقليدية للقوة القاهرة تسمح بوقف تنفيذ العقد في حالة الاستحالة المؤقتة، إلا أن هذا الفرض ليس إلا حالة خاصة. ويمكن أن يكون استثنائياً، وقد تحول هذا الاستثناء إلى قاعدة في عقود التجارة الدولية" [٢].

١٦٦- وبيان نظام الوقف في عقود التجارة الدولية يقتضي منا أن نتحدث عن الأساس القانوني لهذا الوقف والحالات التي ينطبق فيها في فرع أول، ونبين في فرع ثان النتائج التي يرتبها هذا الوقف، وأسباب انقضائه.

---

(١) انظر في ذلك، د. محمود سمير شرقاوي، الذي يرى أنه في مجال البيع الدولي، وهو أحد العقود الشائعة في مجال التجارة الدولية، تقضي كثير من الشروط العامة والعقود النموذجية بجعل حالات القوة القاهرة ذات أثر واقف لسريان الالتزام كلما كان ذلك ممكناً؛ إذ يصبح أثر القوة القاهرة مجرد أثر وقتي يؤجل أو يؤخر أو يطيل تنفيذ الالتزام. انظر ، الالتزام بالتسليم في عقد بيع البضائع، مجلة القانون والاقتصاد، العددان الثالث والرابع، سبتمبر - ديسمبر ١٩٧٦، السنة السادسة والأربعون، بند ٤٧، ص ٣٥٦.

(٢) انظر،

FONTAINE (M.), Op. cit., p. 240.

وانظر أيضاً في نفس المعنى.

KýHAN (P.), Lex mercatoria et pratique des contrats internationaux., op. cit., p. 480 et s.; UYTVNCK (J. V.), Le point de vue d'entreprises belges à l'égard du contrat international, synthèse d' un débats, in " Le contrat économique international, op. cit., p. 407.

وقارن د. نصيره بو جمعه السعدى، التي ترى أن " توقف تنفيذ العقد لا يعد الأثر التلقائى المترتب على القوة القاهرة. ذلك أن نتائج مثل هذا التوقف تعد على درجة من الأهمية بالنظر إلى حجم العملية الاقتصادية والمالية ". انظر، رسالة سابقة، ص ٢٧٥.

الفرع الأول
أساس الوقف وحالاته

١٦٧- إذا كان وقف العقد في حالة القوة القاهرة بمفهومها التقليدي يتم بقوة القانون خاصة إذا كان مانع التنفيذ مؤقتاً، فإن الوقف في حالة القوة القاهرة بمفهومها الحديث أوفي حالة شرط "إعادة التفاوض" يستند إلى أكثر من أساس قانوني. هذا بالإضافة إلى أن عقود التجارة الدولية تعرف حالة جديدة من حالات وقف العقد وهى وقف العقد أثناء إعادة التفاوض في شأن العقد، سواء كانت إعادة التفاوض إعمالاً للقوة القوة القاهرة أو إعمالاً لشرط "إعادة التفاوض في العقد" Hardship.

وسوف نبين في هذا الفرع على التوالي، الأساس القانوني الذي يستند إليه الوقف في عقود التجارة الدولية، والحالات التي يوقف فيها تنفيذ هذه العقود وذلك في مبحثين متتاليين.

المبحث الأول
أساس الوقف

١٦٨- يجد وقف تنفيذ عقد التجارة الدولية أساسه في مصادر متعددة. فإلى جانب إرادة الأطراف والتي تعتبر الأساس الأول له، تأخذ بعض اتفاقيات التجارة الدولية والشروط النموذجية لها بنظام وقف العقد. هذا بالإضافة إلى أن هناك تطبيقات متعددة للوقف في قرارات التحكيم التجاري الدولي.

وسوف نعالج في هذا المبحث، إرادة الأطراف واتفاقيات التجارة الدولية كأساسين لوقف عقد التجارة الدولية وذلك في مطلب أول، وسوف نكرس المطلب الثاني لبيان بعض تطبيقات وقف العقد في قرارات التحكيم التجاري الدولي.

المطلب الأول
إرادة الأطراف واتفاقات التجارة الدولية كأساسين لوقف عقد التجارة الدولية

١٦٩- لا تهتم القوانين الوطنية بمعالجة القوة القاهرة إلا إذا كانت نهائية، تؤدى إلى انفساخ العقد وبراءة ذمة المدين. فهى لا تنص صراحة على اثر الاستحالة المؤقتة وما إذا كانت تؤدي إلى وقف العقد من عدمه [١].

ومع ذلك نجد القليل من هذه القوانين قد عالجت أثر الاستحالة الوقتية على تنفيذ الالتزام. ومن هذه القوانين، قانون المعاملات الإماراتي. فالمادة ٢/٢٧٣ من هذا القانون أشارت إلى حكم هذه الاستحالة بقولها "وإذا كانت الاستحالة جزئية انقضى ما يقابل الجزء المستحيل، وينطبق هذا الحكم على الاستحالة الوقتية في العقود المستمرة، وفي هاتين الحالتين يجوز للدائن فسخ العقد بشرط إخطار المدين بذلك [٢].

وقد أعطت المذكرة الإيضاحية لهذا القانون مثالاً على هذه الاستحالة المؤقتة وأثرها في وقف العقد "بأرض مستأجرة غشيها الماء فلم تصلح للزراعة مدة ما، ونتيجة لذلك يسقط على المستأجر من الأجرة ما يستحق في هذه الأجرة، لكن لا ينفسخ العقد من تلقاء نفسه وإنما يكون قابلاً للفسخ، فإن فسخه المستأجر انقضى العقد، وإن لم يفسخه بقى" [٣].

ومن هذه القوانين أيضاً القانون الألماني الصادر في ٥ فبراير ١٩٧٦ الخاص بالعقود

---

(١) يعتبر قانوننا المدني خير مثال على هذه القوانين، فقد عالج القوة القاهرة في المواد ١٥٩- ١٦٥ - ٢١٥- ٢١٧ - ٣٧٣، ولكنه لم ينص صراحة على وقف العقد بسبب القوة القاهرة المؤقتة.

والجدير بالذكر أن هذه القوانين وإن كانت لا تتضمن نصاً عاماً يجيز وقف العقد في حالة القوة القاهرة، فإنها تتضمن نصوصاً خاصة تسمح بالوقف في بعض العقود، مثل عقود العمل وعقود التأمين. كما أن القضاء الوطني في غالبية الدول قد طبق الوقف في حالة الاستحالة المؤقتة. راجع في ذلك،

TREILLARD (J.), Op. cit., p. 100 et s.

(٢) انظر في ذلك، د. عبد الوهاب بن على سعد الرومي، رسالة سابقة، بند ٣٣٧.

(٣) مشار إليه في المرجع السابق، نفس الموضع.

الاقتصادية الدولية. فقد تضمن هذا القانون حكماً صريحاً لهذه الاستحالة وارداً في المادة ١/٢٩٣ منه. ويجرى نص هذه المادة على أن "الالتزام الذي تأثر بسبب القوة القاهرة يبقى موقوفاً أثناء مدة بقاء الحدث" [١]. ومن هذه القوانين أيضاً، القانون اليوغسلافي للالتزامات الصادر في ٣٠ مارس ١٩٧٨ حيث يعالج هذه الاستحالة في المادة ١٣٣ منه [٢].

وعلى الرغم من أن نصوص قانوننا المدني لا تنص صراحة على الأخذ بنظام وقف العقد في حالة القوة القاهرة المؤقتة، واقتصرت فقط على النص على أثر القوة القاهرة النهائية، إلا أن بعض الفقه يرون أنه من الممكن أن نستشف الوقف من نص المادة ٢١٥ مدني.

وتفسير ذلك أن هذه المادة تنص على أنه "إذا استحال على المدين أن ينفذ التزامه عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه". فهذه المادة قد ساوت بين التأخير في تنفيذ الالتزام وعدم التنفيذ الكلي حيث أعفت المدين من التعويض بسبب التأخير في تنفيذ التزامه إذا رجع هذا التأخير إلى سبب أجنبي لا يد له فيه. ومن ثم فإن ما رتبته هذه المادة عن التأخير في تنفيذ الالتزام ليس فسخ العقد كلية، وإنما فقط إعفاء المدين من التعويض عن التأخير في التنفيذ بعد فترة بسبب الاستحالة. أما العقد ذاته فيبقى بكل التزاماته ويصبح واجب التنفيذ بعد فترة التأخير. فكأن التأخير يترتب عليه سكون العقد فترة، يستأنف بعدها السريان العادي له مع إعفاء المدين من التعويض بسبب هذا التأخير الذي يرجع إلى السبب الأجنبي، وهذا هو الوقف [٣].

١٧٠- ويرى بعض الفقه أيضاً أنه وإن كان هناك من القوانين مالا ينص صراحة وبنص عام على نظام الوقف في حالة القوة القاهرة المؤقتة، فإن هذه القوانين قد توصلت

(١) نصوص هذا القانون واردة في،

JDI, 1977, p. 506.

(٢) انظر في ذلك،

LE ROY (D.), Op. cit., p. 500.

(٣) انظر في هذا التفسير، د. حسام الدين كامل الأهواني، مرجع سابق، بند ٥٤١، ص ٣٨٢. ويؤيد ذلك أيضاً ما سبق توضيحه خاصة في البند رقم ١٧٠

إلى نفس الحل عن طريق نظام الدفع بعدم التنفيذ. فالدفع بعدم التنفيذ نوع من التعبير عن الأخذ بنظام وقف العقد [1]. فبالرغم من أن الدفع بعدم التنفيذ وسيلة ضغط يقصد به حمل المدين المتقاعس عن التنفيذ دون اللجوء إلى القضاء، إلا أنه يتمثل في حقيقته في وقف تنفيذ الالتزام فترة ثم يستأنف بعدها العقد سريانه. ففي خلال فترة الامتناع عن التنفيذ يوقف تنفيذ الالتزامات المتقابلة، وتبقى العلاقة التعاقدية كما هي أثناء مدة الامتناع عن التنفيذ تماماً كما يحدث في حالة الوقف[2]. ولذا يرى البعض بأن الوقف يعتبر "صورة متطورة وحديثة لكل من الدفع بعدم التنفيذ ونظرة الميسرة" [3].

١٧١- وإذا كان عدد قليل من القوانين الوطنية تنص صراحة على نظام الوقف، فإن الأمر على خلاف ذلك في عقود التجارة الدولية. فغالبية الاتفاقيات والشروط العامة والنموذجية تنص على وقف العقد خاصة في حالة القوة القاهرة المؤقتة، كما يجد الوقف مصدره فى إرادة الأطراف فى هذه العقود.

وترتيباً على ذلك سوف نقسم هذا المطلب إلى مسألتين : نعالج فى الأولى الوقف فى واقع عقود التجارة الدولية، وتبين الثانية موقف اتفاقيات التجارة الدولية من نظام الوقف، وذلك على النحو التالي:

١٧٢- أولاً : الوقف في واقع عقود التجارة الدولية :

تعتبر الشروط التعاقدية الأساس الأول الذي يقوم عليه وقف تنفيذ عقد التجارة الدولية. فالأصل كما ذكرنا من قبل أن القوة القاهرة تعتمد في مفهومها الحديث، كما يعتمد شرط " إعادة التفاوض " Hardship ، على اتفاق الأطراف. وباعتبار أن الوقف أحد الآثار المترتبة على إعمال الشرطين، فإنه يستند أيضاً إلى اتفاق الأطراف.

ويستقر الفقه وتتواتر أحكام القضاء على جواز اتفاق الأطراف على وقف تنفيذ العقد

---

(١) راجع في ذلك، د. عبد الوهاب على بن سعد الرومي، رسالة سابقة، بند ٣٤٦، ص ٧٧٠. ومن القوانين التي تأخذ بالدفع بعدم التنفيذ، القانون المدني المصري (ماجة ١٦١ مدني) ، قانون الالتزامات الألماني (مادة ٣٢٠)، قانون الالتزامات السويسري (مادة ٨٢)، القانون المدني الإيطالي (مادة ١٦٤٠).

(٢) المرجع السابق، بند ٢٤٦، ص ٧٧١.

(٣) د. حسام الدين كامل الأهواني، مرجع سابق، بند ٥٣٥، ص ٣٧٩. والجدير بالذكر أن هناك فوارق كثيرة بين الدفع بعدم التنفيذ ووقف العقد، وإن كان مضمون الاثنين واحد من حيث كونهما امتناعاً مشروعاً عن التنفيذ فترة يعود بعدها العقد إلى السريان العادي. انظر في هذه الفوارق، المرجع السابق، الموضع السابق.

في حالة القوة القاهرة المؤقتة. ويبرر البعض ذلك بأنه "وإن كان انفساخ العقد بسبب القوة القاهرة لا يتعلق بالنظام العام لأنه يجوز الاتفاق على تحمل المدين عبء القوة القاهرة، فإنه يجوز الاتفاق من باب أولى على وقف العقد طوال مدة الاستحالة التي من المفترض أن تكون دائمة في ظروف العقد. فالوقف هو وضع وسط بين تحمل أحد المتعاقدين تبعة القوة القاهرة، وبين الانفساخ بسبب القوة القاهرة " [١].

ومن تطبيقات محكمة النقض في هذا الصدد ما قضت به من أن "مقتضى القواعد العامة في القانون المدني أن الالتزام ينفي إذا أصبح الوفاء به مستحيلاً بسبب أجنبي لا يد للمدين فيه، وأنه في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى الالتزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المتقابلة وينفسخ العقد من تلقاء نفسه. ولئن كان مقتضى تطبيق هذه القواعد على عقد العمل أن تجنيد العامل يعد قوة قاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً على العامل، ومن ثم ينفسخ عقد العمل من تلقاء نفسه بمجرد تجنيد العامل، إلا أنه لا مانع يمنع من اتفاق طرفي العقد على الإبقاء عليه ووقف نشاطه في فترة التجنيد حتى إذا انتهت عاد إلى العقد نشاطه واستمر العامل في عمله تنفيذاً لهذا العقد" [٢].

وفى مجال عقود التجارة الدولية عادة ما يواجه الأطراف التغير في الظروف الخارجية للعقد بأحد حلين : إما أن يتفقوا على مجرد امتداد تنفيذ العقد بنفس شروطه السابقة، ودون أن يوقف تنفيذ هذا العقد [٣]، أو أن يتفقوا على وقف تنفيذ العقد فترة من الوقت يتوقعون بعدها زوال الحدث، أو يتفاوضون بعدها على مصير العقد.

ويتفق الأطراف - في الغالب من الشروط - على وقف تنفيذ العقد فترة بعد وقوع الحدث لحين التوصل لاتفاق مشترك. فواقع هذه العقود يضع الوقف في المرتبة الأولى كأثر لوقوع حالة القوة القاهرة أوالـ Hardship [٤].

---

(١) انظر في ذلك، د. حسام الدين كامل الأهواني، مرجع سابق، بند ٥٤٥، ص ٣٨٥.

(٢) نقض مدني، جلسة ١٩٧٢/٣/٢٥، الطعن رقم ٤٥٠ لسنة ٣٥ قضائية، مجموعة أحكام المكتب الفني، السنة ٢٣، ص ٥١٤.

(٣) من أمثلة الشروط التي اتفق فيها الأطراف على امتداد مدد التنفيذ، الملحقان رقم (٤)، (٥)، المشار إليهما في

LE ROY (D.),Op. cit.., p. 751 et 753.

(٤) انظر في هذا المعنى،

FONTAINE (M.), Op. cit., p. 240.

وإذا كان نظام الوقف لا يظهر إلا في عدد قليل من الشروط التي تعالج شرط "إعادة التفاوض"، فهذا لا يعني على الإطلاق أن هذا الشرط لا يعرف نظام الوقف، ولا يعني أيضاً أن إرادة الأطراف قد اتجهت إلى عدم تطبيقه في هذه الحالة. فالوقف نظام لا غنى عنه سواء في حالة القوة القاهرة بمفهومها الحديث أو في حالة شرط إعادة التفاوض، فهو ينطبق في حالة الشرط الأخير في الفترة التي تسبق إعادة التفاوض و أثناء عملية التفاوض نفسها. أما عدم النص عليه من قبل الأطراف في حالة شرط إعادة التفاوض إنما يرجع إلى أن تطبيقه يعتبر أمراً بديهياً لا يحتاج إلى النص عليه صراحة، فالموقف يفرضه [1].

ومن الشروط التعاقدية التي اتفق فيها الأطراف صراحة على وقف تنفيذ العقد، الشرط الوارد في عقد تركيب مصفاة بترول والذي نص فيه الأطراف على وقف تسليم البترول، وامتداد مدة العقد بقدر عدد أيام العمل التي فقدتها الشركة المعنية بالتركيب بسبب أحداث القوة القاهرة [2]. وأيضاً الشرط الوارد في عقد تركيب مصفاة لزيت الطعام في رومانيا الذي نص على وقف سريان العقد إذا حالت قوة قاهرة دون إتمام التركيب [3]. ومن هذه الشروط أيضاً الشرط الذي ينص على أنه "سوف يوقف تنفيذ العقد أثناء مدة القوة القاهرة حتى عودة الأوضاع العادية" [4]. والشرط الذي ينص على أن "يوقف تنفيذ التزامات المتعاقدين في هذا العقد عندما يواجهون باستحالة تمنعهم من تنفيذ هذه الالتزامات" [5].

وتتنوع إرادة الأطراف في هذا الصدد. فقد يتفقون على إضافة مدة الوقف إلى

---

(١) سوف نعالج لاحقاً، في نفس هذا الفصل، الوقف أثناء إعادة التفاوض في حالة شرط " إعادة التفاوض " وسوف نبين أن فقه التجارة الدولية يرجح وقف العقد أثناء إعادة التفاوض ما لم يرد نص مخالف في العقد.

(٢) شرط مشار إليه في،

KAHN (Ph.), Force majeure et contrats internationaux., op. cit., p. 481.

(٣) مشار إليه في،

Ibid.

(٤) انظر المادة العاشرة، الفقرة الثالثة من عقد توريد حامض كبريتيك ،

JONSON S. A. V. SONSMITH Co. LTD, HERRN CHEMIE A. G., Dr. prat. com. int., 1979, n°1, p. 15 et s.

(٥) الملحق رقم (٨) مشار إليه في،

LE ROY (D.), Op. cit., p. 760.

مدة تنفيذ العقد، أو على العكس قد لا يضيفون هذه المدة إلى مدة العقد.

ومن أمثلة الشروط الأولى، الشرط الذي نص على أنه "في حالة وقوع الأحداث المشار إليها، يوقف تنفيذ العقد، وتضاف مدة الوقف إلى مدة العقد "[1]. وكذلك الشرط الذي نص على أنه " في حالة إعاقة الأطراف عن تنفيذ التزامه، بصفة كلية أو بصفة جزئية، توقف الحقوق والالتزامات الناتجة من هذا العقد، وتمتد مدة العقد مدة مساوية لمدة الوقف" [2].

ومن أمثلة النوع الثاني من الشروط التي اتفق فيها الأطراف على عدم إضافة مدة الوقف إلى العقد ذلك الشرط الوارد فى المادة العاشرة الفقرة الثالثة من عقد بيع JONSON S. A سابق الإشارة إليه حيث تنص هذه الفقرة على أنه "لا تمتد مدة العقد مدة مساوية لمدة الوقف [3].

وتلعب إرادة الأطراف دوراً كبيراً أيضاً في تحديد نطاق الوقف. فقد يتفقون على أن يشمل الوقف كل الالتزامات الناتجة من العقد، ويكون الوقف كلياً في هذه الحالة. وقد يتفقون على أن الوقف لا يسري إلا على الالتزامات التي تتأثر بالظروف الخارجية فقط دون باقي الالتزامات. ويكون الوقف جزئياً في هذه الحالة. ومن أمثلة ذلك الشرط الذي ينص على أن" ... يكون الوقف جزئياً في حالة ما إذا أثر حدث القوة القاهرة على جزء من الالتزامات تاركاً الجزء الآخر ممن الممكن تنفيذه " [4]. والشرط الذي اتفق فيه الأطراف على أن " ... توقف الحقوق والالتزامات الناتجة من هذا العقد بالقدر الذي تتأثر به هذه الحقوق وتلك الالتزامات بحدث القوة القاهرة " [5].

وإذا الغالب أن يتفق الأطراف في العقد الدولي على وقف تنفيذ العقد فترة لحين

---

(١) الملحق رقم (٣)، مشار إليه في،
Op. cit.,. p. 750.

(٢) الملحق رقم (٧)، مشار إليه في،
Op. cit., p. 757.

(٣) نصوص هذا العقد واردة فى،
Dr. prat. comm. int., 1979, p. 15 et s.

(٤) ملحق رقم (٣)، مشار إليه في،
LE ROY (D.), Op. cit., p. 750.

(٥) ملحق رقم (٧)، مشار إليه في،=

زوال عائق التنفيذ، فإن هناك اعتبارات عملية هى التي تفرض على الأطراف اتخاذ هذا المسلك. وتتمثل هذه الاعتبارات في الأهمية الكبيرة التي تمثلها هذه العقود بالنسبة للمتعاقدين والتي تجبرهم على الحفاظ على العقد وبقاء استمراره. فإبرام هذه العقود يتطلب مجهودات واستثمارات كبيرة في التفاوض، كما أنها تتميز بقيمة صفقاتها المرتفعة بالمقارنة بالصفقات الداخلية. كما أن أهميتها لا تقتصر فحسب على أطراف العقد وعلى الدول التابعة لها هذه الأطراف، وإنما تمتد إلى الدول الأخرى الواقعة في المنطقة الجغرافية التي تقع فيها دول الأطراف. ولهذه الاعتبارات فإن فرض فسخ العقد وإنهاء الروابط التعاقدية يعد المصير الأخير الذي تواجهه هذه العقود [1]. أما المصير الأول فهو وقف تنفيذ العقد فترة من الوقت يرى الأطراف أنه من الممكن بعدها أن يزول الحدث ويستمر العقد في التنفيذ، أو يتفق بعدها الأطراف على حل يسمح ببقاء العقد [2].

ويعتبر نظام الوقف هو أنسب الطرق التي يحافظ بها الأطراف على بقاء واستمرار عقدهم. فالوقف فترة انتظار وسكون للعقد، تحمي مستقبلاً إمكانية الاستمرار في تنفيذه متى زالت الظروف التي نالت منه [3]. فهو يتفادى الفسخ الحال للعقد، ويؤمن تنفيذه مستقبلاً [4].

١٧٣- ثانياً : الوقف في اتفاقيات التجارة الدولية :

تأخذ كثير من اتفاقات التجارة الدولية والشروط النموذجية والعامة لها بنظام وقف العقد. ومن أمثلة هذه الاتفاقات، اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع

=Op. cit., p. 757.

(١) انظر في هذا المعنى،

KAHN (Ph.), Force majeure., op. cit., p. 479 ; MALINVERNI (P.). Les conditions générales de vente.., op. cit., p. 173.

(٢) انظر في هذا المعنى،

OSMAN (F.), Op. cit., p. 167.

(٣) راجع في ذلك،

RADOUANT (J.), Du cas fortuit., op. cit., p. 276.

(٤) انظر،

TREILLARD (J.), De la suspension des contrats., op. cit., p. 61.

وانظر في أهمية الوقف في عقود نقل التكنولوجيا،

DELEUZE (J. - M.), Le contrat de transfert de technologie., op. cit., n° 148.

(فيينا ١٩٨٠) التي تنص في الفقرة الثالثة من المادة ٧٩ على أن " يحدث الإعفاء المنصوص عليه في هذه المادة أثره خلال الفترة التي يبقى فيها العائق قائماً ". ومفاد النص أنه بعد زوال العائق يعود العقد إلى السريان العادي له، فالوقف لا يكون إلا في فترة وجود العائق فقط [١].

وكذلك الأمر بالنسبة للشرط النموذجي الذي أعدته غرفة التجارة الدولية فيما يتعلق بشرط القوة القاهرة حيث ينص في الفقرة السابعة منه على أنه " وعلاوة على ذلك فإنه، أي السبب المنصوص عليه في الفقرة السادسة، يوقف مدد التنفيذ أثناء مدة معقولة، مستبعداً بذلك في نفس الوقت حق الطرف الآخر في أن يلغي أو يفسخ العقد.. " [٢]. ولذا فإن الشرط يحمي المتعاقد المدين من سلوك الدائن الذي قد يرغب في فسخ العقد بأن فرض عليه الانتظار فترة من الوقت قد يزول فيها عائق التنفيذ أو يتوصل مع مدينه إلى اتفاق يحمي بقاء العقد واستمراره [٣].

وحق وقف تنفيذ الالتزام ليس قاصراً فقط، وفقاً لهذا الشرط، على المدين الذي تأثر التزامه بحادث القوة القاهرة، ولكن يمتد أيضاً إلى الطرف الآخر، حيث ينص الشرط على أنه "وفي انتظار تنفيذ الطرف المتأثر بالقوة القاهرة التزامه، يمكن للطرف الآخر إن يوقف تنفيذ التزاماته" [٤]

ويأخذ القانون الموحد للبيع الدولي للمنقولات المادية (لاهاى ١٩٦٤) أيضاً بنظام وقف العقد وإن لم ينص عليه صراحة. ويستشف ذلك من المادة ٢/٧٤ من هذا القانون التي تنص على أنه "إذا ترتب على الظروف استحالة مؤقتة، فإن الطرف الذي تأثر التزامه بهذه الاستحالة يبرأ كلية من تنفيذ هذا الالتزام إذا ترتب على تأجيل التنفيذ أن اختلف الالتزام كلية بحيث يصبح الأطراف أمام التزام آخر بخلاف المنصوص عليه في العقد" .

ويستنتج الوقف من هذا النص بمفهوم المخالفة. وتفسير ذلك أنه في حالة الاستحالة

---

(١) المادة ٣/٧٩ من اتفاقية فيينا ١٩٨٠.

(٢) انظر البند السابع من هذا الشرط.

(٣) انظر، الملحوظات والتعليقات على هذا الشرط، البند رقم ١٣، ص ١٦.

(٤) انظر البند السابع من هذا الشرط .

المؤقتة إذا لم يترتب على وقف الالتزام تغير في طبيعة هذا الالتزام، فإنه يجب وقف العقد في هذه الحالة. أما إذا ترتب على الوقف تغيير في الالتزام بحيث أصبح يختلف عن الالتزام الأصلي، فلا يكون الوقف جائزاً [١].

وقد افترضت الشروط العامة التي وضعتها اللجنة الاقتصادية الأوربية التابعة للأمم المتحدة أن أثر القوة القاهرة هو أثر واقف وليس نهائياً. ولذا فهو يؤدي إلى وقف تنفيذ العقد فترة معينة [٢]. ولا يختلف الأمر عما هو مقرر في الشروط العامة التسليم التي وضعها الكوميكون سابقاً [٣].

١٧٤- وألمحت غرفة التجارة الدولية، عند تقديمها بعض الاقتراحات التي تتعلق بنظرية الظروف الطارئة، إلي أن "طلب المراجعة (وتقصد مراجعة العقد إذا توافرت شروط الظروف الطارئة) لا يوقف من تلقاء نفسه تنفيذ العقد" [٤]. ومفاد هذا الاقتراح أن الطرف الذي يتمسك بالظروف الطارئة يجب أن يستمر في متابعة العقد، ولا يتوقف عن تنفيذ التزامه لمجرد وقوع الأحداث التي تتوافر فيها شروط الظروف الطارئة. فطلب تعديل العقد من جانبه لا يعطيه الحق في وقف تنفيذ التزامه، ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك. فالأمر موكول في جميع الحالات لإرادة الأطراف الذين يمكنهم الاتفاق على وقف تنفيذ العقد منذ وقوع الحدث وحتى نهاية التفاوض.

وتقدم مبادئ Unidroit صيغة مشابهة للصيغة التي قدمها الاقتراح السابق، خاصة في حالة " إعادة التفاوض" Hardship. فالمادة ٦-٢-٣ /٢ من هذه المبادئ تنص على أن "الطلب (وتقصد طلب فتح إعادة التفاوض بسبب ظروف الـ Hardship) لا يعطي من تلقاء نفسه الحق للطرف الآخر في أن يوقف تنفيذ

---

(١) قريب من ذلك،

ABDUL MINIM H. (A.), Op. cit., p. 379.

(2) انظر المواد 19/1.2 من شروط 1A، 1B من بيوع سيف، والمادة 26/2، 3 من شروط 5A، 5B من بيوع فوب، والمادة 10/3 من الشروط رقم 188و 574. وشروط أخرى مشار إليها في. د. أحمد الحداد، العقود النموذجية، رسالة سابقة، ص 374، هامش 1.

(٣) انظر المادة ١/٧٠ من شروط عام ١٩٦٨، مشار إليها في المرجع السابق، الموضع السابق.

(٤) انظر الفقرة الرابعة من الاقتراحات التي قدمتها غرفة التجارة الدولية بخصوص الظروف الطارئة، ص ١٨.

التزامه " [1]. ولكن على العكس من ذلك وفي حالة القوة القاهرة، نصت المادة ٧-١-٧ / ٢ من هذه المبادئ على أنه " عندما تكون الإعاقة مؤقتة، فإن الإعفاء ينتج أثره أثناء مدة معقولة مع الأخذ في الاعتبار ظروف الإعاقة على تنفيذ العقد" [2].

ويبدو أن مبادئ Unidroit تعطي الخيار للأطراف في اللجوء إلي الوقف أو إلي تنفيذ الالتزام أثناء إعادة التفاوض في العقد الذي تأثر بظرف الـ Hardship، ولكنها تنص على وجوب تطبيق هذا الوقف في حالة القوة القاهرة المؤقتة.

(١) المادة ٦-٢-٣ / ٢ / ٣ من هذه المبادئ.

(٢) المادة ٧-١-٧ / ٢ من المبادئ.

المطلب الثاني
وقف العقد في قرارات التحكيم التجاري الدولي

١٧٥- اعترافاً بالأهمية التي تمثلها عقود التجارة الدولية، وبخطورة النتائج المترتبة على إنهاء هذه العقود، يميل محكمو التجارة الدولية إلى وقف تنفيذ العقد والحفاظ عليه أياً كانت التغيرات التي يواجهها تنفيذه. فتؤكد قرارات التحكيم الصادرة في نطاق غرفة التجارة الدولية أن المحكمين يفضلون وقف تنفيذ العقد لحين زوال عائق التنفيذ أو أثناء إعادة التفاوض في العقد ويرون أنه حل أولى يسبق فسخ العقد. ويقررون مسئولية الطرف الذي يبادر إلى استعمال حقه في فسخ العقد قبل التمسك بوقف تنفيذه.

وسوف نبين في هذا المطلب موقف قضاء التحكيم من وقف تنفيذ العقد من خلال مناقشة مدى سلطة القاضي أو المحكم فى فرض الوقف على الأطراف، ومن خلال إيراد بعض تطبيقات لقرارات التحكيم الصادرة بوقف تنفيذ العقد الصادرة من غرفة التجارة الدولية.

١٧٦- أولاً : مدى سلطة القاضي أو المحكم فى فرض الوقف على الأطراف:

إن بيان سلطة القاضى أو المحكم فى هذا الصدد تقتضى منا أن نفرق بين فرضين:

الفرض الأول : وفيه يطلب أحد الأطراف وقف تنفيذ العقد فترة لحين زوال مانع التنفيذ، أو لحين إعادة التفاوض في العقد، ولا يعترض الطرف الأخر على طلب وقف التنفيذ. ومثل هذا الفرض لا يثير صعوبات كثيرة إذ يستطيع القاضي أو المحكم الحكم بوقف تنفيذ العقد. ويبقى التساؤل الآتي : هل الوقف في هذه الحالة يرجع إلى حكم القاضي أو قرار المحكم ، أم يرجع إلى إرادة الأطراف ؟

نميل إلى القول بأن وقف تنفيذ العقد في هذا الفرض إنما يرجع إلى إرادة الأطراف وليس إلى حكم القاضي أو قرار المحكم الذي يكون مقرراً وليس منشئاً. فالوقف ينطبق بمجرد الاتفاق عليه [1] ، حتى ولو تم هذا الاتفاق على وقف تنفيذ العقد في حالة من

(١) راجع في ذلك، د. حسام الدين كامل الأهواني، مرجع سابق، بند ٥٤٦، ص ٢٨٥.

الحالات التي لا يوقف فيها العقد عادة وفقاً للقواعد العامة.

الفرض الثاني : وفيه يطلب أحد الأطراف وقف تنفيذ العقد ولا يوافق الطرف الآخر على هذا الطلب ، أو تمسك أحد الأطراف بإبرائه من المسئولية عن عدم التنفيذ بسبب عائق معين، ولم تثر عملية وقف التنفيذ مطلقاً من الأطراف.

في هذا الفرض نفرق بين ما إذا كنا بصدد حالة من الحالات التي يوقف فيها تنفيذ العقد أم لا. فإذا كنا بصدد حالة من حالات وقف تنفيذ العقد - قوة قاهرة مؤقتة، أو إعادة التفاوض في العقد تطبيقاً للقوة القاهرة بمفهومها الحديث، أو تطبيقاً لشرط "إعادة التفاوض" - ، فإن القاضي أو المحكم يستطيع الحكم بوقف العقد في هذه الحالة سوء طلبه أحد الأطراف واعترض الطرف الآخر، أو لم يطلبه أي من الطرفين. أما إذا لم تتوافر حالة من هذه الحالات فإن القاضي أو المحكم لا يستطيع الحكم بوقف تنفيذ العقد حتى ولو طلبه أحد الأطراف.

وتبرير ذلك أن الوقف يتم بقوة القانون في حالة القوة القاهرة المؤقتة شأنه في ذلك شأن الانفساخ الذي يتم بقوة القانون في حالة القوة القاهرة النهائية، وحكم القاضي بوقف العقد في هذه الحالة يعد مقرراً وليس منشئاً له [1].

وقد أقرت محكمة النقض المصرية نظرية الوقف في حالة القوة القاهرة المؤقتة في كثير من أحكامها دون تطلب تقديم طلب من أحد الأطراف أو موافقة الطرف الآخر عليه. ومن ذلك قولها " وقف العقد يقصد به وقف تنفيذ الالتزامات الرئيسية المتبادلة التي يفرضها العقد على طرفيه عند حدوث قوة قاهرة تؤدي إلى الاستحالة المؤقتة في التنفيذ" [2]. وقولها "وضع الأطيان المبيعة تحت التحفظ يؤدي إلى وقف العقد فقط لأنه لا يتمخض عنه استحالة قانونية دائمة تفضي إلى انقضاء الالتزامات، وبزوال هذا الطارئ تستأنف الالتزامات المؤجلة سيرها ويظل العقد قائماً خلال فترة التحفظ ويبقى شريعة المتعاقدين" [3].

---

(١) د. حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، بند ٥٤٦، ص ٣٨٥.

(٢) نقض مدني، جلسة ٦ /٣ / ١٩٧٧، الطعن رقم ٣٣٩ لسنة ٤١ قضائية، مجموعة أحكام المكتب الفني، السنة ٢٨، ص ٦١٢. وانظر أيضاً، نقض مدني، جلسة ١٩/١١/١٩٥٩، الطعن رقم ٩٩ لسنة ٢٥ قضائية، مجموعة أحكام المكتب الفني، السنة ١٠، ص ٦٧٧.

(٣) نقض مدني، جلسة ٢٠/٢/١٩٦٢، الطعن رقم ٢٠١ لسنة ٢٧ قضائية، مجموعة المكتب الفني، السنة ١٣، =

وطبقت محكمة النقض الفرنسية أيضاً نظرية وقف تنفيذ العقد في حالة الاستحالة المؤقتة، بل يرجع الفضل إلى القضاء الفرنسي في خلق هذه النظرية التي لا تجد لها سنداً في نصوص القانون. وتطبيقاً لذلك رفضت محكمة النقض الدفع بفسخ عقود كثيرة نتيجة قيام الحرب العالمية الأولى ، فاعتبرت المحكمة أن الحرب يترتب عليها استحالة مؤقتة وليست نهائية، وكل ما يترتب عليها وقف العقد لحين زوالها وليس فسخ العقد وإبراء ذمة المدين [١].

وإذا كانت القوة القاهرة المؤقتة تؤدي إلى وقف تنفيذ العقد بقوة القانون دون حاجة إلى رضاء الأطراف ، ودون الحاجة إلى حكم القضاء أو قرار التحكيم، فإن تحديد ما إذا كانت القوة القاهرة مؤقتة أم نهائية يرجع إلى السلطة التقديرية للقاضي أو المحكم حيث تعتبر من المسائل الموضوعية التي يختص بها القضاء عند اختلاف الأطراف في تحديدها [٢] .

ولا يختلف الأمر بالنسبة لوقف العقد أثناء إعادة التفاوض في شأن العقد. فغالبية الفقه ترى أن إعادة التفاوض تؤدي إلى وقف تنفيذ العقد بشكل تلقائي دون الحاجة إلى اتفاق الأطراف على ذلك [٣].

١٧٧- ثانياً : تطبيقات لقرارات التحكيم الصادرة بوقف العقد :

تؤكد قرارات التحكيم الصادرة بوقف تنفيذ العقد - سواء بسبب القوة القاهرة المؤقتة أو بسبب إعادة التفاوض في العقد - ميل المحكمين إلى تطبيق نظام الوقف في كثير من الحالات.

= ص ١١٥٩ ، ونقض مدني، جلسة ١٩٩٣/٥/١٢ ، الطعن رقم ١٣٨٠ لسنة ٥٩ قضائية، مجموعة المكتب الفني، السنة ٤٤، ص ٧٠٧.

(١) انظر على سبيل المثال،
Cas. Civ., 15 Novembre 1921, D., 1922, p. 14 ; Cass. civ., 24 Octobre 1922, D., 1922, p. 8.

(٢) راجع في ذلك، د. حسام الدين كامل الأهواني، مرجع سابق، بند ٥٤٥، ص ٣٨٥ ؛ د. عبد الوهاب على بن سعد الرومي، مرجع سابق، بند ٣٣٣، ص ٧٤٦. وانظر أيضاً، نقض مدني، جلسة ١٩٦٨/٢/٢٢ ، الطعن رقم ٢١٧ لسنة ٣١ قضائية، مجموعة أحكام المكتب الفني، السنة ١٩، ص ٢٤٥.

(٣) انظر في ذلك،
CABAS (F.), Op. cit., n° 223, p. 123 ; LE FICHANT (F.), Op. cit., p. 446 ; EL MAHI (H.), Op. cit., n° 71, p. 96.

ومن أمثلة التطبيقات التي نوردها لهذه القرارات، القرار الصادر في القضية رقم ١٧٠٣ لسنة ١٩٧١. ففي هذه القضية، اعترفت هيئة التحكيم بوجود حالة قوة قاهرة في المدة التي بدأت فيها الأعمال العدائية وحتى نهايتها، وبعد ذلك أيضاً بعشرين يوماً، هذا من ناحية. بيد أنها اعتبرت، من ناحية أخري، أن الأعمال العدائية تشكل في هذه الفترة استحالة تنفيذ مؤقتة وليست نهائية. وفحصت الهيئة بعد ذلك استئناف العقد في سريانه العادي بعد انتهاء هذه المدة، وانتهت إلي أنه من الممكن للشركة المدعى عليها أن تقوم بتنفيذ التزاماتها تجاه الشركة المدعية، وأن يعود العقد إلى السريان الطبيعي له بعد هذه الفترة [(١)].

وفي تعليقه على هذا القرار، يقول الأستاذ " تومسون" THOMSON إنه لو سلمنا بوجود حالة القوة القاهرة، فإن المحكمين يفترضون أن القوة القاهرة لن تستمر إلا لوقت معين، وهو وقت توافر الظرف نفسه [(٢)].

ونفس المبدأ طبقه قضاء التحكيم في قضية "بارسونس" Parsons [(٣)]. ففي هذه القضية التزم مشروع أمريكي ببناء مصنع ورق لصالح الشركة المصرية العامة لصناعة الورق ولكنه لم يتمكن من تنفيذ التزامه بسبب حرب أكتوبر وما ترتب عليها من خطورة على الرعايا الأمريكان في مصر فترة الحرب. وفي رده على طلب التعويض المقدم من الهيئة المصرية العامة لصناعة الورق استند المشروع الأمريكي إلى حالة القوة القاهرة التي سببتها الحرب. قبلت هيئة التحكيم هذه الحجة في فترة قيام الحرب فقط، ولكنها رفضت إعفاء هذا المشروع بعد انتهاء الحرب، ورأت أن الحرب يقتصر أثرها على وقف تنفيذ العقد طوال فترة وجودها فقط. أما بعد انتهائها فإن العقد يستأنف سريانه الطبيعي.

---

(١) قرار غرفة التجارة الدولية، القضية رقم ١٧٠٣ لسنة ١٩٧١، مجموعة أولى من القرارات، ص ١٩٥ .

(٢) انظر ملحوظة هذا الأستاذ على القرار السابق.

(٣) انظر قضية،
Par Sons & Wittemore Overs Eas Co., Inc., V. Société générale de l'industrie du papier (R. A. T. K. A.),

مشار إليها في،
AUDIT (B.), L'affaire Noc c\ Libyan Sun Oil Company, op. cit., p. 227; CHANC (C. C. - M.) et CHRUN (A. ýC. - H.), Force majeure et imprévision dans les contrats passés avec la chine, Les petites affiches, 5 juillet 1989, n ° 80 - 20.

وفي القضية رقم ٢٧٦٣ لسنة ١٩٨٠ فرضت هيئة التحكيم وقف العقد من تلقاء نفسها، بل واعتبرت أن طلب وقف العقد واجب على المتعاقد المدعي يسبق حقه في التمسك بالحادث للتخلص م مسئوليته وفسخ العقد.

ويتضح هذا المسلك من قول هيئة التحكيم " إن وجود الألغام التي ترجع إلى الحرب العالمية الثانية في ميناء طرابلس، على افتراض أنها تشكل قوة قاهرة، لا تمنع المدين من أن يتصرف كرجل حريص ومتبصر بأن يجعل أثر وجود هذه الألغام مؤقتاً وليس نهائياً "[1].

وتطبيق آخر لهذه الفكرة نجده في القرار الصادر في القضية رقم ٢٥٤٦. فقد ارتأى المحكم الإنجليزي الذي نظر النزاع أن حرب السادس من أكتوبر ١٩٧٣ وما ترتب عليها من اضطرابات في المواصلات من وإلى دولة إسرائيل وغلق المصانع وغيرها تعد سبباً لوقف تنفيذ عقد التوريد وإعفاء الطرف الإسرائيلي (البائع) من التعويض عن الأضرار التي أصابت الطرف الأسترالي (المشترى) من جراء وقف التوريد أثناء فترة الحرب. ورفض المحكم حجة البائع الإسرائيلي بفسخ العقد كلية نتيجة قيام الحرب. واعتبر المحكم أن العقد يعتبر فقط موقوفاً فترة وجود الحرب[2].

---

(١) انظر في هذا القرار، المجموعة الأولى من هذه القرارات، ص ١٥٧. وانظر في التعليق عليه،
OSMAN (F.), Op. cit., p. 176.

(٢) قرار غرفة التجارة الدولية غير منشور، وارد في،
Werner Melis, Force majeure and Hardship clauses, op. cit., p. 217.

المبحث الثاني

حالات وقف تنفيذ عقد التجارة الدولية

١٧٨- إذا كانت الاستحالة المؤقتة يترتب عليها وقف تنفيذ العقد سواء في ظل المفهوم التقليدي أو المفهوم الحديث للقوة القاهرة، فإن هذا المفهوم الأخير يعرف الوقف في حالة أخرى لا يعرفها المفهوم التقليدي وهي وقف العقد أثناء إعادة التفاوض التي تعتبر أثراً مميزاً للمفهوم الحديث. و بهذا الأثر تقترب القوة القاهرة بمفهومها الحديث من شرط " إعادة التفاوض" Hardship.

وسوف نتناول حالات الوقف في مطلبين، نبين في الأول وقف العقد في حالة الاستحالة المؤقتة، ونوضح في الثاني وقف العقد أثناء إعادة التفاوض

المطلب الأول
وقف تنفيذ العقد في حالة الاستحالة المؤقتة

١٧٩- من الأمور المسلم بها أن الاستحالة المؤقتة لا يترتب عليها انقضاء الالتزام، وإنما يقتصر أثرها على وقف سريان العقد لحين زوال المانع [١]. ويذهب البعض إلى أن الوقف يقع بقوة القانون في حالة القوة القاهرة المؤقتة شأنه في ذلك شأن الانفساخ المترتب عليها [٢].

فالأثر الانقضائي للقوة القاهرة الذي يتمثل في انقضاء الالتزام وبراءة ذمة المدين يفترض دائماً أن تكون الاستحالة المترتبة على حادث القوة القاهرة نهائية. أما في الفرض العكسي الذي تكون فيه هذه الاستحالة مؤقتة، فتنطبق نتيجة أخرى مغايرة وهي وقف سريان العقد [٣]. ويرجع الفضل في ابتداع التفرقة بين الاستحالة النهائية - والأثر المترتب عليها من فسخ العقد، وانقضاء الالتزام - والاستحالة المؤقتة - وما يترتب عليها من وقف العقد - إلى القضاء الفرنسي الذي حدته الرغبة في الحفاظ على العقد وأن يوفر كل السبل لتنفيذ العقود بأمانة وإخلاص، وكان وقف تنفيذ العقد طوال فترة الاستحالة المؤقتة وسيلته لتحقيق هذا الهدف [٤]. وقد أشارت محكمة النقض الفرنسية إلى العلاقة بين القوة القاهرة المؤقتة ووقف العقد بقولها "إن الأثر الواقف للقوة القاهرة المؤقتة يعتبر نتيجة طبيعية وملاصقة للحدث المكون لها " [٥].

ومعيار التفرقة بين الاستحالة النهائية والمؤقتة يتمثل في مدى إمكانية زوال المانع الذي سبب الاستحالة. فإذا كان من الممكن زوال المانع مستقبلاً بعد فترة تطول أو تقصر، فإن

---

(١) انظر في ذلك، د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، الجزء الثالث، بند ٥٨٧، ص ٩٨٤.

(٢) د. حسام الدين كامل الأهواني، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، بند ٥٤٦، ص ٣٨٥.

(٣) انظر في ذلك،

LAMETHE (D.), La clause de force majeure., op. cit., p. 473 ; MABROUK (R.), Op. cit., p. 409.

(٤) د. عبد الوهاب على بن سعد الرومى، الاستحالة وأثرها على الالتزام العقدي، رسالة سابقة، بند ٢٣٢، ص ٧٤٩ ؛ د. عبد الحي حجازى، عقد المدة، رسالة، جامعة إبراهيم باشا الكبير، ١٩٥٠، ص ١٥٤.

(٥) حكم مشار إليه في،

RADOUANT (J.), Op. cit., p. 275.

الاستحالة تكون مؤقتة. أما إذا كان المانع غير قابل للزوال في المستقبل أو على الأقل لا يوجد احتمال لزواله، فإن الاستحالة تصبح نهائية [1].

وترى غالبية الفقه أن تحديد الاستحالة المؤقتة يجب أن يتم وفقاً لعاملين، مدة بقاء الحدث، ومدى صلاحية الفترة التالية بعد زوال الحدث لتنفيذ العقد بما يحقق مصالح الأطراف.

١٨٠- أولاً : مدة بقاء الحدث:

أول العناصر التي يأخذها المحكم أو القاضي في اعتباره عند تحديد الاستحالة المؤقتة هى المدة التي بقى خلالها الحدث قائما. فإذا كانت هذه المدة محدودة بحيث يمكن أن يعود بعدها العقد إلى السريان العادي، كانت الاستحالة مؤقتة.

وتحديد المدة التي قد يستغرقها الحدث ليس أمراً سهلاً، وإن كان ظاهره كذلك. فإذا كانت بعض الأحداث مؤقتة بطبيعتها، أي من المتوقع أن تزول بعد فترة من الوقت، فإن غالبية الأحداث وحتى المؤقتة بطبيعتها، قد تستمر لفترات طويلة أكثر من المتوقع لها. إذن الأمر يتعلق باحتمال وليس بتحديد دقيق لمدة بقاء الحدث [2].

وتلعب إرادة الأطراف دوراً كبيراً في تحديد المدة المؤقتة التي قد يبقاها مانع التنفيذ؛ أو بمعنى أدق في وصف الاستحالة بكونها مؤقتة أو نهائية. فقد يكون مانع التنفيذ قابلاً للزوال بعد فترة من الوقت وتكون الاستحالة في هذه الحالة مؤقتة، ومع ذلك تتجه إرادة

---

(١) راجع في ذلك، د. محمد على عثمان الفقى. استحالة تنفيذ الالتزام وآثارها، مرجع سابق، بند ١٥، ص٤٢.

(٢) في هذا المعنى،

RADOUANT (J.), Op. cit., p. 279 ; SARRAUT (R.), De la suspension dans l'exécution des contrats, th., paris, 1929, p. 71.

وتجدر الإشارة في هذا المقام إلى أن القانون قد يحدد بنفسه المدة التي يجب أن يبقاها الحدث والتي تعتبر الاستحالة نهائية ومن ثم لا يمكن تنفيذ الالتزام. وتطبيق هذه الفكرة نقابله في المادة ٤٤٨/٤ والمادة ٥٢٦/٤ من قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ والمتعلقتان بالكمبيالة والشيك. فقد نصت هاتين المادتين على أنه إذا استمرت القوة القاهرة أكثر من ثلاثين يوماً محسوبة من تاريخ الاستحقاق بالنسبة للكمبيالة - إلا إذا كانت مستحقة الوفاء لدى الإطلاع أو بعد مدة معينة من الاطلاع وفقاً لأحكام الفقرة الخامسة من ذات المادة - أو من التاريخ الذي قام فيه الحامل بإخطار من ظهر له الشيك بقيام القوة القاهرة بالنسبة للشيك، جاز الرجوع على الملتزمين دون الحاجة إلى تقديم الكمبيالة أو الشيك أو عمل الاحتجاج.

الأطراف إلى اعتبار هذا المانع نهائياً وليس مؤقتاً. ومن أمثلة ذلك اتجاه إرادة الأطراف إلى عدم السماح بتأخير تنفيذ العقد واعتبار كل تأخير مانعاً نهائياً يجيز لأي منهما فسخ العقد [١]. والعكس صحيح فقد يكون المانع بطبيعته نهائياً لا توجد إمكانية لزواله ولو بعد فترة، مع ذلك تتجه إرادة الأطراف إلى اعتباره مؤقتاً وليس نهائياً. ولذا لا يجب أن تقدر المدة التي قد يبقاها الحدث بطريقة مطلقة، وإنما تتحدد بطريقة نسبية تأخذ في الاعتبار نية المتعاقدين [٢].

وبالجدير بالذكر أن تحديد هذه المدة متروك لظروف الواقع ونية الأطراف والمجهودات التي يقومون بها للتخلص من العائق وجعل أثره مؤقتاً. فمن المؤكد أنه إذا اتجهت نية الأطراف معاً إلى بقاء العقد والحفاظ على العلاقات بينهم، فإنهم سيبذلون قصارى جهدهم لجعل أثر هذه الظروف مؤقتاً وليس نهائياً [٣].

١٨١- ثانياً: أن يظل التنفيذ مجدياً ومفيداً بعد زوال الحدث :

العنصر الثاني الذي يدخل في تقييم الاستحالة المؤقتة هو المدة المتبقية لتنفيذ العقد بعد زوال هذه الاستحالة. فالعقبة تعتبر مؤقتة وفقاً للقواعد العامة مادمت تقبل الزوال قبل أن يصبح التنفيذ غير مجد أو غير مفيد. فإذا تجاوزت العقبة الإطار الذي يكون فيه التنفيذ مجدياً أو مفيداً، فإن عدم التنفيذ يصبح نهائياً وتكون الاستحالة نهائية وليست مؤقتة [٤].

وترتيباً على ذلك يجب أن تكون الفترة التالية لزوال حدث القوة القاهرة كافية ومفيدة في تنفيذ ما تبقى من التزامات، بما يحقق مصالح الأطراف وأهدافهم المرجوة من التعاقد. فإن لم تكن هذه المدة كافية، أو أصبح التنفيذ غير مجد أو غير مفيد، فإن الاستحالة تعتبر نهائية حتى ولو زالت قبل انتهاء مدة العقد [٥].

---

(١) في هذا المعنى، د. حسام الدين كامل الأهواني، مرجع سابق، بند ٥٤٥، ص ٣٨٥.

(٢) انظر في ذلك،

RODUANT (J.), Du cas fortuit et de force majeure., op. cit., p. 271.

(٣) في هذا المعنى، د. محمد نصر الدين منصور، وقف العاملين، المرجع السابق، ص ٢٠، وانظر أيضاً،
ANTONMATTEI (P. - H.), Op. cit., p. 15.

(٤) انظر في ذلك، د. محمد نصر الدين منصور، المرجع السابق، ص ٢٠.

(٥) في هذا المعنى، د. حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، بند ٥٤٠، ص ٣٨٢.

والواقع أن تطلب هذا العنصر يرتبط بنظام الوقف في حد ذاته. فالوقف فترة تثبت فيها العلاقة التعاقدية أثناء وجود هذه الاستحالة. والأصل أنه بعد انتهاء الاستحالة تعود العلاقة طبيعية مرة أخرى، ويعود تنفيذ الالتزامات إلى السريان العادي له. وحتى يتحقق الهدف من الوقف يجب أن تكون المدة المتبقية من العقد كافية ومفيدة في تحقيق هذا الهدف. فإن كانت هذه المدة قاصرة عن تحقيق هذا الهدف، فإن الاستحالة تعد في حكم الاستحالة النهائية (١).

وهذا ما عبر عنه بعض فقهاء التجارة الدولية بقولهم "إن وقف العقد بسبب القوة القاهرة المؤقتة وإن كان مبدأً مقبولاً في عقود التجارة الدولية ،إلا أن الحدث قد يستمر فترة طويلة، بشكل يهدد مصالح الأطراف في العقد. وفي بعض الأحيان لا تمثل عودة العقد إلى السريان العادي أية فائدة للمتعاقدين" (٢).

وجدير بالذكر أن تقدير المدة الكافية والمفيدة بعد زوال العائق يجب أن يتم وفقاً لمصلحة الطرفين معاً. فيجب أن يأخذ المحكم أو القاضي في اعتباره مصلحة المدين الذي تأثر التزامه بوقوع حدث القوة القاهرة، وكذلك مصلحة الدائن الذي تأثر بعدم تنفيذ المدين لالتزامه. فكلا الطرفين تأثر بوقوع حدث القوة القاهرة. وعندما تقرر الوقف فقد كان ذلك للحفاظ على العقد وتحقيق مصالح الطرفين معاً. وعند استئناف سريان العقد مرة أخرى يجب مراعاة مصالح الطرفين معاً بأن يكون التنفيذ مفيداً لهما معاً (٣).

وتحديد هذه المدة أمر يخضع للتقدير المطلق للمحكم أو القاضي الذي ينظر النزاع ما لم يوجد اتفاق على تحديدها (٤).

ويجب أن توصف المدة المتبقية لتنفيذ العقد بعد زوال الحدث بأنها كافية ومفيدة

---

(١) قريب من ذلك،
ANTONMATTEI (P. H.), Op. cit., p. 216.

(٢) انظر
KAHN (Ph.), Op. cit., p. 482.

(٣) انظر،
ANTONMATTEI (P. - H.), Op. cit., p. 216 ; BERAUD (J. - M.), La suspension du contrat de travail, Bib. De droit du travail et de la société social, T. 7, Siery, 1980, p. 250.

(٤) راجع في ذلك، د. محمد عثمان الفقي، المرجع السابق، بند ٢٢، ص٥٤.

(١) **المدة الكافية** ، يقصد بالمدة الكافية أنه بعد خصم مدة بقاء الحدث من مدة تنفيذ العقد، يتبقى وقت صالح لتنفيذ ما تبقى من التزامات لم تنفذ بعد. وعند التحدث عن المدة الكافية بعد زوال الحادث، يجب أن نأخذ في اعتبارنا أمرين : الأمر الأول، هو طبيعة العقد. فالحديث عن المدة المتبقية من مدة تنفيذ العقد تفترض بطبيعة الحال أن يكون العقد محدد المدة. أما إذا كان العقد غير محدد المدة، فلا تثور مشكلة المدة الكافية للتنفيذ. فالعقد سيستمر في هذه الحالة لحين تنفيذ كل من الطرفين لالتزاماته. أما الأمر الثاني، فهو مدى امتداد العقد محدد المدة مدة مساوية لمدة الوقف. فإن اتفق الأطراف على امتداد العقد مدة مساوية للمدة التي توقف فيها عن التنفيذ، فإن المدة المتبقية ستكون كافية لتنفيذ العقد [١].

(٢) **المدة المفيدة** ، حتى تكون الاستحالة مؤقتة يترتب عليها وقف العقد، يجب أن تكون المدة المتبقية من العقد مفيدة، أي يكون التنفيذ مازال مجدياً ومفيداً لكل من الدائن والمدين. ويكون التنفيذ كذلك لو بقى التنفيذ بعد الوقف واقعاً في وقت مناسب بما يحقق مصالح الطرفين [٢]. فلو أصبح التنفيذ غير مناسب لأي من الطرفين لفوات الوقت الذي يحقق فيه الفائدة التي قصدها المتعاقدين، فإن الاستحالة تصبح نهائية.

وعلى هذا، فإن تقدير كفاية أو عدم كفاية المدة المتبقية للتنفيذ يتم في ضوء الوقت المناسب الذي يحقق فيه التنفيذ مصالح الطرفين معا، ولا يكون اعتماداً على طول الفترة المتبقية للتنفيذ وحدها. فقد تكون المدة المتبقية للتنفيذ كافية لتنفيذ ما تبقى من التزامات، خاصة بعد امتداد مدة العقد مدة مساوية لمدة الوقف، ومع ذلك يصبح التنفيذ غير مجد أو مفيد، كما لو فات الميعاد المناسب الذي يحقق مصالح الطرفين. ومثال لهذه الحالة عقد بيع سلعة معينة قصد من تسلمها في وقت معين أن يتسنى للمشتري عرضها في معرض سيقام لعرض مثل هذه السلع في توقيت معين. في مثل هذا العقد قد لا يتمكن البائع من تسليم السلعة المتفق عليها نتيجة وجود عائق معين، وامتد العائق فترة إقامة المعرض كلها، أو زال قبل انقضاء المعرض بأيام قليلة. فإذا إذا زال

---

(١) مسالة امتداد فترة تنفيذ العقد بسبب الوقف وما إذا كانت تحتاج إلى اتفاق الأطراف أم تتم بقوة القانون، ستكون محل دراسة لاحقاً، بصفة خاصة، بند ٢١١.

(٢) قريب من ذلك،
MALAURI (Ph.) et AYNES (L.), Droit civil, Les contrats spéciaux, Cujas, 4 ° éd., 1990, n° 306.

عائق التنفيذ واستطاع البائع تسليم هذه السلعة بعد فوات مدة المعرض، فإن التسليم لا يكون مجدياً أو مفيداً [1].

ويذهب بعض الفقه إلى أنه في حالة عدم معرفة ما إذا كانت الاستحالة نهائية يترتب عليها الفسخ، أم مؤقتة يترتب عليها الوقف، فإن الأصل اعتبارها مؤقتة ويوقف تنفيذ العقد فترة وجود العائق، إلا إذا ظهر أن التنفيذ بعد زوال هذا العائق اصبح غير مجد أو غير مفيد لأي من المتعاقدين. ومعنى أن التنفيذ غير مجد أو غير مفيد للأطراف بعد زوال مانع التنفيذ أن الاستحالة تتحول من مؤقتة إلى نهائية ينفسخ بها العقد[2].

خلاصة ما تقدم أنه يشترط لوقف العقد بسبب الاستحالة المؤقتة ألا يبقى مانع التنفيذ مستمراً لفترة طويلة، بل يجب أن تكون هناك إمكانية لزوالها بعد فترة يبقى تنفيذ العقد بعدها مجدياً ومحققاً لمصالح الطرفين.

---

(١) انظر في هذا المعنى، الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري الذي يرى أن هناك أحوالاً لا يتصور فيها وقف الالتزام بعمل وذلك إذا كان القيام بهذا العمل واجباً في وقت معين وغلا فات الغرض المقصود منه، كما لو تعهد صانع بإنجاز مصنوعات لعرضها في معرض عام يقام في وقت معين. فإذا وقف الصانع تنفيذ التزامه إلى أن يفوت ميعاد المعرض لأنه لم يستوف أجره كان هذا بمثابة الفسخ. انظر، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، المجلد الأول، العقد، بند ٤٩٩، ص ١٠١٩.

(٢) انظر في ذلك،

RADUANT (J.), Op. cit., p. 280.

المطلب الثاني
وقف العقد أثناء إعادة التفاوض

١٨٢- خلق واقع عقود التجارة الدولية حالة أخرى يوقف فيها سريان العقد لا تعرفها العقود الداخلية في ظل المفهوم التقليدي للقوة القاهرة. وتتمثل هذه الحالة في وقف سريان العقد أثناء إعادة التفاوض في شأنه. وإعادة التفاوض بين الأطراف بهدف تعديل أحكام العقد تتم في فرضين : إعادة التفاوض بسبب شرط "إعادة التفاوض" Hardship، وإعادة التفاوض بسبب وقوع حدث القوة القاهرة بمفهومها الحديث.

فبالنسبة "لشرط إعادة التفاوض" فإنه كما أوضحنا من قبل يفرض على الأطراف التزاماً بالجلوس إلى مائدة المفاوضات لإعادة النظر في أحكام العقد التي لم تعد تتمشى مع الظروف الجديدة. فإعادة التفاوض تعد الخصيصة الجوهرية لوصف الشرط بأنه "شرط إعادة التفاوض" (١) Hardship.

أما بالنسبة للقوة القاهرة، فإنه إذا كان المفهوم التقليدي لها يؤدي إلى نتيجة واحدة لا خلاف عليها وهى انقضاء الالتزام وبراءة ذمة المدين، فإن المفهوم الحديث لها، كما خلقه واقع عقود التجارة الدولية، يؤدي إلى نتيجة مغايرة. فهى تفرض على الأطراف، على غرار شرط "إعادة التفاوض". إعادة التفاوض لتفادى العقبات التي يواجهها تنفيذ العقد، وللوصول لاتفاق مشترك يحافظ على بقاء العقد واستمراره (٢).

وإعادة التفاوض في شأن العقد تطبيقاً لشرط "إعادة التفاوض" Hardship ، أو تطبيقاً لشرط القوة القاهرة تفتح الباب دائماً لإمكانية وقف سريان العقد أثناء عملية التفاوض. وقد يتقرر الوقف أثناء هذه الفترة سواء باتفاق الأطراف أو حتى بدون اتفاق صريح منهم على أساس أن الوقف يعتبر الحل الأنسب في هذه الحالة.

١٨٣- أولاً : تطبيق الوقف في حالة الاتفاق الصريح من الأطراف :

اتفاق الأطراف على وقف سريان العقد أثناء إعادة التفاوض أمر يتمشى مع الصفة

---

(١) انظر سابقاً، بند ٤٢.

(٢) هذه الفكرة ستكون محل تفصيل منا في الفصل القادم من الرسالة.

التعاقدية لكل من شرط إعادة التفاوض أو شرط القوة القاهرة. فكلا الشرطين ترجمة لما يجرى عليه العمل في عقود التجارة الدولية. فإرادة الأطراف هى التي خلقت الشرطين، وهى التي وضعت لهما التنظيم الخاص بكل منهما، وهى أيضاً المختصة بوضع الحلول المتبعة للمشكلات التي تظهر أثناء تطبيقهما. لهذا من المنطقي أن نقابل اتفاقات الأطراف على وقف سريان العقد أثناء المفاوضات بينهما.

وعلى الرغم من الدور البارز الذي تلعبه إرادة الأطراف في تنظيم هذين الشرطين بصفة عامة، فإننا لم نقابل في الشروط التعاقدية التي في متناول أيدينا شرطاً نظم فيه الأطراف بشكل مفصل فترة إعادة المفاوضات واتفقوا على تطبيق الوقف خلالها. فالشروط التعاقدية تقتصر على النص على إعادة المفاوضات بين الأطراف وعلى تنظيم بعض الأمور المتعلقة بعملية إعادة التفاوض، ولكن لا تصل دقة هذه الشروط إلى حد تنظيم كافة المسائل المتعلقة بتطبيق الشرطين، ومنها مسالة وقف تنفيذ العقد أثناء فترة إعادة التفاوض. ولكن هذا لا يمنع من وجود إمكانية لوقف العقد باتفاق الأطراف أثناء هذه الفترة.

١٨٤- ثانياً : تطبيق الوقف في غياب الإتفاق :

غياب اتفاق الأطراف على وقف العقد أثناء إعادة التفاوض في شأن العقد هو الفرض الغالب كما أوضحنا آنفا. وفي غياب هذا الاتفاق يثور التساؤل عن مصير العقد أثناء هذه الفترة، وعن الدور الذي يمكن أن يلعبه الوقف في هذا المصير.

في هذه الحالة من المتوقع أن يواجه العقد أحد مصيرين : إما أن يوقف سريانه لحين الانتهاء من عملية التفاوض، سواء نجحت المفاوضات أو فشلت، أو أن يستمر العقد في السريان.

واستمرار العقد في هذه الحالة هو الحل الذي تأخذ به الاقتراحات التي قدمتها غرفة التجارة الدولية عام ١٩٨٥ فيما يتعلق بالظروف الطارئة، وتتبناه أيضاً مبادئ Unidroit لعقود التجارة الدولية عام ١٩٩٢. فالفقرة الرابعة من اقتراحات غرفة التجارة الدولية، والمادة ٦-٢-٣/٢ من مبادئ Unidroit تنصان على أن طلب إعادة التفاوض لا يوقف تنفيذ العقد من تلقاء نفسه. فالأصل في هذه المبادئ أن يستمر العقد منتجاً لكل آثاره أثناء فترة إعادة التفاوض، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك.

بيد أن تبني هذا الرأى يؤدي إلى نتائج غير مقبولة. فالهدف من اتفاق الأطراف على إعادة التفاوض في حالة وقوع أحداث معينة، هو إيجاد حل مناسب لمواجهة الضرر الفادح واختلال التوازن الذي سببه وقوع الحدث. والأصل أن تستغرق إعادة التفاوض مدة قليلة حتى لا تتفاقم الأضرار التي يتحملها أحدهم من جراء تنفيذ التزامه. وإذا سمحنا بالاستمرار في تنفيذ العقد أثناء إعادة التفاوض، فإن هذا سيتيح الفرصة لتقاعس أحد الأطراف عن إنهاء المفاوضات في وقت قصير.

ولذا فإن وقف العقد في هذه الحالة يسمح بتحقيق نتيجتين : فهو، أولاً ، يحث الأطراف على التوصل إلى اتفاق في أسرع وقت ممكن، حرصاً منهم على مصالحهم المشتركة [١]. ويسمح، ثانياً، بأن يتخلص المدين من عبء تنفيذ التزامات أصبحت ضارة بالنسبة له لحين انتهاء مدة المفاوضات. أما استمرار العقد في هذه الحالة، فيعني استمرار تنفيذ المدين لهذه الالتزامات بنفس شروط التنفيذ السابقة، التي تسبب له أضراراً فادحة جاءت عملية إعادة التفاوض لتفاديها. وبالتالي فإن وقف العقد أثناء إعادة التفاوض يتمشى مع روح التعاون التي يجب أن تسود بين المتعاقدين أثناء إعادة التفاوض [٢].

---

(١) راجع في ذلك،

CABAS (F.), Op. cit., n° 223, p. 123, ; EL MAHI (H.), Op. cit., n° 71, p. 96.

(٢) انظر،

CABAS (F.), OP. cit., n° 232, p 129 ; JACQUET (J. - M.), Le contrat international, Dalloz, 1992, p. 112.

الفرع الثاني
آثار الوقف ونهايته

١٨٥- بالإضافة إلى الأثر الرئيسي الذي يترتب على وقف سريان العقد ألا وهو وقف تنفيذ الالتزامات العقدية، يفرض الوقف أيضاً على الأطراف التزامات جديدة تهدف جميعها إلى ضمان التنفيذ المستقبلي للعقد.

بيد أنه إذا كان وقف العقد يفضل فسخه وله مبرراته المعقولة في عقود التجارة الدولية، فقد يترتب عليه ضرر شديد لأحد المتعاقدين خاصة إذا استمر فترة طويلة من الوقت. وفي هذه الحالة وحالات أخرى أيضاً، سنبينها لاحقاً، يتحتم إنهاء الوقف.

وبناءً على ذلك سوف نقسم هذا الفرع إلى مبحثين على النحو التالي :

المبحث الأول : آثار الوقف

المبحث الثاني : نهاية الوقف

المبحث الأول
آثار الوقف

يعتبر وقف تنفيذ العقد في حقيقته مرحلة وسطاً بين تنفيذه وانتهائه. فالعقد في حالة الوقف قائم، وما ترتب على الوقف هو توقف تنفيذه فترة من الوقت يستأنف بعدها سريانه العادي. ولذا فإن الأثر الطبيعي الذي يرتبه الوقف هو وقف تنفيذ الالتزامات الرئيسية في العقد، هذا بالإضافة إلى وجود التزامات أخرى يفرضها على المتعاقدين تهدف إلى الحفاظ على العقد لتسهيل استئناف سريانه في أقل وقت ممكن.

وسوف ندرس كل أثر من هذه الآثار في مطلب مستقل.

المطلب الأول
وقف تنفيذ الالتزامات الرئيسية في العقد

١٨٧- لا يترتب على الوقف، تأجيل تنفيذ التزامات المتعاقد المدين الذي تأثر بوجود عائق التنفيذ فحسب، وإنما يترتب عليه أيضاً وقف تنفيذ التزامات الطرف الآخر.

١٨٨- أولاً : المقصود بوقف تنفيذ الإلتزامات :

يترتب على وقف سريان العقد وقف تنفيذ الالتزامات الرئيسية التي يفرضها هذا العقد، كما أنه يبرئ الأطراف من المسئولية عن عدم التنفيذ خلال فترة وجود الحدث [(١)]. وفي ذلك تقول محكمة النقض المصرية "وقف العقد يقصد به وقف تنفيذ الالتزامات الرئيسية المتبادلة التي يفرضها العقد على طرفيه عند حدوث قوة قاهرة تؤدي إلى الاستحالة المؤقتة في التنفيذ" [(٢)].

ويرى بعض الفقه أن ترتيب هذه النتيجة أمر يتماشى مع طبيعة الوقف. فالوقف فترة سكون وخمول للعلاقة التعاقدية أثناء فترة وجود العائق أو فترة المفاوضات، ومن الطبيعي أن يترتب على هذا السكون والخمول تأجيل تنفيذ هذه الالتزامات [(٣)].

ولا يمس الوقف وجود العقد أو صلاحيته، فأثره يقتصر على تأجيل تنفيذ الالتزامات التي تأثرت بوقوع حدث القوة القاهرة أو الـ Hardship. و بمعنى آخر لا يمتد الوقف إلى أساس الالتزام أو وجوده، فالعقد يبقى منتجا لكل آثاره، ولكن لا تنفذ هذه الآثار خلال فترة الوقف [(٤)].

ولا يعني وقف سريان العقد أيضاً براءة ذمة المدين أو الدائن من تنفيذ التزامه

---

(١) د. حسام الدين كامل الأهواني، مرجع سابق، بند ٥٤٦، ص ٣٨٥.

(٢) نقض مدني، جلسة ١٩٧٧/٣/٦، الطعن رقم ٣٣٩ لسنة ٤١ قضائية، مجموعة أحكام المكتب الفني، السنة ٢٨ص، ٦١٢.

(٣) انظر في ذلك،
ARTZ (J. - F.), La suspension du contrat à exécution successive, D. Sirey, 1979, chro., X V, p. 97; TREILLARD (J.), op. cit., p. 83.

(٤) انظر، د. رضا محمد إبراهيم عبيد، رسالة سابقة، ص ٤٨١ ؛ وانظر أيضاً،
ANTONMATTEI P. - H.), Op. cit., p. 222 ; MARTIN , Note sous cass. civ., 1ère ch., 24 =

الموقوف، ولكنه يعني أن الدائن لا يستطيع أن يطالب بتنفيذ التزامه خلال مدة الوقف، أو يطالب بتعويض عما أصابه من ضرر بسبب عدم تنفيذ المدين لالتزامه، ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك. ويبرر البعض هذه النتيجة بقوله إن وقف العقد في حالة العقد محدد المدة يترتب عليه اقتطاع جزء من حياة العقد مقابل مدة الوقف، وفي خلال هذه المدة المفقودة من حياة العقد والذي اعتبر فيها العقد في حالة سبات لا يلتزم أي من المتعاقدين بالتنفيذ ولا يسأل بالتالي عن نتائج عدم التنفيذ [1].

بيد أنه للطرف الدائن أن يطالب المدين بتنفيذ التزامه أثناء مدة الوقف إذا أعسر المدين أو أفلس، أو خفض من التأمينات التي خصصها لضمان دين الدائن. فالوقف في حقيقته نوع من الأجل يسقط إذا ما أضعف المدين التأمينات. كما يجوز للدائن القيام بالإجراءات التحفظية التي يحمى بها دينه تطبيقاً للقواعد العامة [2].

ويشمل الوقف الالتزامات الأصلية التي تأثرت بوقوع عائق التنفيذ، أي التي استحال تنفيذها بسبب وجود هذا العائق. أما باقي الالتزامات التي لم تتأثر بهذا العائق فتبقى مستمرة وتكون ملزمة للمتعاقدين ويحرك عدم تنفيذها المسئولية التعاقدية للمتقاعس. ويستثنى من ذلك الالتزامات الأصلية التي يرتبط تنفيذها بتنفيذ الالتزامات التي أصبحت مستحيلة بسبب عائق التنفيذ، فهذه الالتزامات يوقف تنفيذها أيضاً نتيجة وقف تنفيذ الالتزامات الأولى [3].

ونفس الأمر ينطبق أيضاً على الالتزامات الفرعية. فإذا كانت هذه الالتزامات ترتبط بالالتزام الأصلي الموقوف، فإن الوقف يمتد إليها. فوقف تنفيذ الالتزام الأصلي يعني وقف تنفيذ الالتزام التبعي المرتبط به [4]. وتطبيقاً لذلك، فإن

=février 1981, D. 1982, p. 499.

(١) د. عبد الوهاب على بن سعد الرومي، رسالة سابقة، بند ٣٥٨، ص ٧٩٥.

(٢) انظر في ذلك،

MABROUK (R.), Op. cit., p. 395.

(٣) انظر في ذلك،

ANTONMATTEI (P. - H.), Op. cit., n° 317, p. 223.

(٤) انظر في ذلك،

TERILLARD (J.), Op. cit., p. 88 ; SARRAUTE (R.), Op. cit., p. 52 et 53.

وقف تنفيذ الالتزام بالنقل يؤدي إلى وقف تنفيذ الالتزام بضمان السلامة لارتباطه به [1].

والأمر عكس ذلك إذا كان الالتزام الفرعي مستقلاً في تنفيذه عن الالتزام الأصلي. فوقف تنفيذ هذا الأخير لا يؤدي إلى وقف تنفيذ الالتزام الفرعي [2]. وتطبيقاً لذلك، فإن وقف تنفيذ الالتزام بالعمل لا يؤدي إلى وقف تنفيذ الالتزام بالسرية وعدم المنافسة [3].

نخلص من ذلك إلى أن نطاق الوقف لا يشمل سوى الالتزامات الأصلية التي تأثرت بالعائق، وكذلك الالتزامات الأخرى التي يتوقف تنفيذها على تنفيذ هذه الالتزامات الموقوفة، سواء كانت الالتزامات المرتبطة أصلية أو تبعية. أما الالتزامات الأخرى التي لا يرتبط تنفيذها بتنفيذ الالتزامات الموقوفة فتظل نافذة ولا يشملها الوقف.

١٨٩- ثانياً : وقف تنفيذ التزامات المتعاقد الآخر :

يترتب على الوقف عدم تنفيذ التزامات المتعاقدين معاً. فكما أن الدائن لا يملك إجبار المدين على تنفيذ التزامه أثناء مدة الوقف، فلا يملك المدين هذا الحق أيضاً. ويتفق فقه التجارة الدولية على أن وقف تنفيذ التزام أحد الأطراف يترتب عليه وقف تنفيذ التزام المتعاقد الآخر [4]. ويعبر بعض الفقه عن ذلك بأن الوقف حق للمتعاقدين معاً، ولا يقتصر على المدعي عليه وحده [5].

وإذا كان وقف تنفيذ التزامات المدين المتأثر بوقوع حدث القوة القاهرة أمراً ضرورياً يفرضه نظام الوقف ولا خلاف عليه، فإن أساس وقف تنفيذ التزام المتعاقد الآخر محل

---

(١) انظر في هذا المقال، د. حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، بند ٥٤٨، ص ١٨٦.

(٢) انظر،
MOUSSERON (J. - M.), Op. cit., p. 418 ; GOUBEAUX (G.), La règle de l'accessoire en droit privé, LGDJ, 1969, p. 216.

(٣) مثال مشار إليه في، د. حسام الدين كامل الأهواني. المرجع السابق، نفس الموضع.

(٤) انظر في ذلك، المرجع السابق، بند ٥٤٨، ص ٣٧٨. وانظر أيضاً،
CARBONNIER(J.), Droit civil, Les obligations, PUF, 14 ° éd., 1990, p. 352.

(٥) راجع،
CASSIN (R.), Réflexions sur la résolution juidiciaire des contrats internationaux, RTD. civ., 1945, p. 175.

خلاف في الفقه.

فقد يتفق الأطراف صراحة على أن وقف تنفيذ العقد يعني وقف تنفيذه بالنسبة للطرفين معاً. وفي هذا الفرض يجد وقف تنفيذ التزام المتعاقد الآخر أساسه، دون صعوبة، في الإرادة الصريحة للأطراف.

ومن الشروط التعاقدية التي تجسد هذا الاتفاق، الشرط الذي ينص على أن "يوقف تنفيذ العقد الحالي دون ترتيب أية آثار طوال فترة وجود حدث القوة القاهرة"[(١)]. ووقف تنفيذ العقد بالنسبة للمتعاقدين معاً واضح في الشرط الذي ينص على أن "يوقف تنفيذ العقد الحالي" الأمر الذي يعنى أن الوقف يشمل التزامات كل أطراف العقد. ومن ذلك أيضاً الشرط الذي ينص على أنه "عندما تقع أحداث القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ، يمكن لكل طرف أن يوقف بشكل كلي أو جزئي التزاماته التعاقدية"[(٢)].

أما إذا لم يتفق الطرفان على وقف تنفيذ العقد بالنسبة لهما معاً، فإن الفقه يختلف في الأساس الذي يقوم عليه وقف تنفيذ التزامات المتعاقد الأخر. وقد أسفرت جهود الفقه عن تقديم أكثر من أساس :

فيقول البعض بنظرية الدفع بعدم التنفيذ كأساس لوقف تنفيذ التزامات الدائن أيضاً في حالة وقف تنفيذ التزامات المدين. فالدائن له أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم ينفذ المدين التزامه بسبب القوة القاهرة أو حدث Hardship[(٣)].

وينتقد البعض هذه الفكرة على أساس أنه يشترط لإعمال الدفع بعدم التنفيذ أن تكون التزامات المتعاقدين المتقابلة مستحقة الأداء. فلو كان التزام المدين غير مستحق الأداء لا يستطيع الدائن أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ. والوقف يؤخر تنفيذ التزام المدين فترة وجود العائق؛ أى يجعل هذا الالتزام غير مستحق الأداء. ونتيجة لذلك لا يستطيع الدائن

---

(١) شرط وارد في،

FONTAINE (M.), OP. cit., p. 226.

(٢) شرط وارد في،

Op. cit., p. 228.

(٣) انظر في ذلك،

ARTZ (J. - F.), Op. cit., p. 92 ; WEILL (A.), Op. cit., n° 474 ; SARRAUTE (R.), Op. cit., p. 79 ; HUET (A.), Contrats et obligations, obligations conventionnelles, exception d'inexécution ou exceptio non adiamplrti contractus, J. Cl. civil, 1985, art. 1184.

أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ لتخلف شرط أساسي لإعمال هذه الفكرة [1]

ويرى البعض أن أساس وقف تنفيذ التزام الدائن يكمن في نوع خاص من الدفع بعدم التنفيذ. فأنصار هذا الرأى يقسمون الدفع بعدم التنفيذ إلى نوعين : الأول هو عدم التنفيذ المصحح Corrective وهو الذي يواجه حالة عدم التنفيذ الذي يرجع إلى خطأ من المدين. والهدف من هذا النوع هو إجبار المدين الذي لم ينفذ التزامه بسبب خطأ منه على تنفيذ هذا الالتزام، وذلك عن طريق توقف الدائن عن تنفيذ التزامه أيضاً. فوقف تنفيذ التزام الدائن في هذه الحالة يعتبر وسيلة ضغط على المدين. وهذا النوع يخرج عن نطاق دراستنا.

أما النوع الثاني، وهو الأساس الذي يستند إليه أصحاب هذا الرأى، فهو عدم التنفيذ الوقائي Péventive وهو الذي يجيز للدائن أن يوقف تنفيذ التزامه إذا لم يستطع المدين تنفيذ التزاماته بسبب لا يرجع إليه. ويتجنب الدائن وفقاً لهذا النوع الخسائر والمخاطر التي قد يتعرض لها إذا استمر في تنفيذ التزامه بينما توقف المدين عن تنفيذ التزامه. ولذا يقال إنه " وقائي " [2].

ونميل من جانبا إلى أن وقف تنفيذ التزام الدائن في حالة وقف تنفذ التزام المدين إنما يرجع إلى فكرة المخاطر التي قد يتعرض لها الدائن لو استمر في تنفيذ التزامه. فاستمرار الدائن في تنفيذ التزامه في الوقت الذي توقف فيه المدين عن هذا التنفيذ سيعرض هذا الدائن لخطر عدم استرداد حقوقه والمصاريف التي تكبدها في سبيل هذا التنفيذ [3].

وتتجلى هذه المخاطر أكثر إذا انتهت فترة الوقف بطريق آخر غير عودة السريان

---

(١) انظر في ذلك،

ANTONMATTEI (P. - H.), Op. cit., p. 223 et 224.

وهذا الشرط يتطلبه أيضاً قانوننا المصري، ويستقر رأي الفقه والقضاء على ضرورة تطلبه لإعمال نظرية الدفع بعدم التنفيذ. انظر في ذلك المادة ١٦١ مدني، وانظر في تفصيل ذلك، د. محسن عبد الحميد البيه، المرجع السابق، ص ٤٥٥ وما بعدها ؛ د. حسام الدين كامل الأهواني. المرجع سابق، بند ٥٦١، ص ٣٩٤.

(٢) انظر في هذا التقسيم،

ANTONMATTEI (P. - H.), Op. cit., p. 244.

(٣) ومن أنصار هذا الرأى. العميد " كاربونيية " CARBONNIER الذي يرى أن وقف تنفيذ العقد يتمثل في ترجمة لنظرية المخاطر، فحيث إن أحد المتعاقدين لا يستطيع تنفيذ التزامه، فإن الطرف الآخر، تفادياً للمخاطر=

العادي للعقد، كما لو انتهت بنهاية مدة العقد، أو لأن التنفيذ في الفترة التالية لمدة العقد الأصلية أصبح غير مجد أو غير مفيد. في مثل هذه الحالات ستتضاعف الفائدة التي سيحصل عليها المدين من الوقف، وستتضاعف في نفس الوقت الخسائر التي يتكبدها الدائن بسبب هذا الوقف. فالمدين لن ينفذ التزامه وفي نفس الوقت يستفيد من استمرار الدائن في التنفيذ. والدائن سيضار بسبب عدم تنفيذ المدين لالتزامه، وسيضار أكثر من استمراره هو في التنفيذ. وتجنباً لهذه النتائج غير العادلة، وتمشياً مع حسن النية في تنفيذ العقود، يوقف تنفيذ التزام الدائن أيضاً.

التي قد يتعرض لها، يوقف تنفيذ التزامه أيضاً.. انظر،

CARBONNIER (J.), Les obligations, Op. cit., n° 195, p. 352.

المطلب الثاني
الالتزامات التي يفرضها الوقف على المتعاقدين

١٩٠- الأصل أن الوقف حالة تسكن فيها العلاقة التعاقدية، ويبقى كل التزام على حالته لحين انتهاء فترة الوقف. ولذا قد يبدو للوهلة الأولى أن تكليف الأطراف بالتزامات أثناء هذه الفترة أمر يتنافى مع طبيعة الوقف. ولكن سرعان ما يزول هذا التخيل إذا علمنا أن العقد ذاته يبقى مرتباً لكل آثاره أثناء فترة الوقف، ولكنها آثار مؤجلة التنفيذ. ويترتب على بقاء العقد طيلة مدة الوقف المحافظة على كيانه، وكذلك المحافظة على بعض الالتزامات الناشئة عن هذا العقد حتى يحتفظ بفاعليته وقوة تنفيذه لحين زوال المانع . لذا فإن وقف سريان العقد لا يتنافى مع فرض بعض التزامات على الأطراف لأنها التزامات فرضها الوضع الجديد، وهو الوقف. ومن هذه الالتزامات، الالتزام بالحفاظ على العقد، الالتزام باستئناف سريان العقد بعد زوال مانع التنفيذ.

١٩١- أولاً : الالتزام بالحفاظ على العقد :

سوف نتناول هذا الالتزام من ناحيتين، تهتم الناحية الأولى بمضمونه، وتتعلق الناحية الثانية بصوره.

١٩٢- ١- مضمون الالتزام بالحفاظ على العقد :

يفرض الوقف على الأطراف أن يقوموا بكل الإجراءات التي من شانها الحفاظ على العقد، ويمنعهم أيضاً من القيام بكل ما من شأنه أن يهدد بقاء هذا العقد ويعوق استئناف سريانه [1].

والالتزام بالحفاظ على العقد التزام متبادل يلزم الدائن والمدين على السواء. فالأصل أن لكل متعاقد مصلحة في الإبقاء على العقد والاستمرار في تنفيذه. ويترجم هذه المصلحة جيداً اتفاقهم على وقف سريان العقد لحين التفاوض في شأنه أو لحين زوال الحدث الذي أثر في تنفيذه بدلاً من فسخه [2].

---

(١) انظر في هذا المعنى، د.حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، بند٥٥٣، ص ٣٨٩؛ وانظر أيضاً، TREILLARD (J.), Op. cit., p. 86.

(٢) في نفس المعنى،=

وإذا لم يتفق الأطراف صراحة على القيام بالإجراءات التي تهدف إلى الحفاظ على العقد، فإن بعض الفقه يؤسس التزام الأطراف بهذه الإجراءات على وجود اتفاق ضمني بينهم يلزمهم بالقيام بها. فاختيار الأطراف لنظام وقف سريان العقد يترجم نيتهم في بقاء العقد والحفاظ عليه، وفي استعدادهم للقيام بكل الإجراءات التي تحقق هذا الهدف، والتي من شأنها الحفاظ على العلاقة التعاقدية بين الأطراف [1].

ويرى جانب آخر من الفقه - وبحق - أن التزام كل طرف بالقيام بهذه الإجراءات أمر يفرضه حسن النية والأمانة التعاقدية بين الأطراف. فحسن النية يفرض على المتعاقدين القيام بكل ما يساعد على الحفاظ على كيان العقد وعودة السريان العادي له بعد فترة الوقف [2].

١٩٣ - ٢- صور الالتزام بالحفاظ على العقد :

تتنوع التزامات الأطراف في سبيل الحفاظ على العقد. فقد تأخذ المظهر السلبي، التي يتمثل في موانع تعوق المتعاقدين بأن يقوموا بأعمال من شأنها التأثير على وجود العقد، وقد تأخذ التزاماتهم المظهر الإيجابي الذي يتطلب منهم أن يقوموا بإجراءات معينة في سبيل تحقيق هذا الهدف [3].

١٩٤-ثانياً الإلتزام الإيجابي بالحفاظ على العقد (الإلتزام بعمل) :

يتطلب الالتزام الإيجابي أو الالتزام بعمل أن يقوم المتعاقدان ببعض الإعمال التي تهدف إلى حماية العقد واستمرار تنفيذه على وجهه السليم. ومن هذه الأعمال :

١- الحفاظ على الشيء محل العقد، والقيام بالأعمال اللازمة لحفظ هذا الشيء

---

(١) راجع في ذلك،

ARTZ (J. -F.), Op. cit., p. 102.

(٢) انظر في هذا الرأى،

LEBOULANGER (Ph.), Op. cit., p. 229.

(٣) انظر،

PICOD (Y.), Op. cit., p. 227.

TRELLARD (J.), Op. cit., p. 86.

من التلف [1]. فالبائع ملتزم بالحفاظ على الشيء المبيع طوال فترة وقف العقد. والمورد في عقد نقل التكنولوجيا ملتزم بالحفاظ على التكنولوجيا التي لم تسلم بعد، والقيام بالإصلاحات الضرورية لها إن لزم الأمر حتى لا تفسد أو تفقد قيمتها.

٢- القيام بتقديم الطلبات اللازمة للحصول على التراخيص والأذونات المتطلبة لحفظ البضائع أو المنتجات محل العقد والتي يتطلب بقاؤها هذه التراخيص [2].

٣- ويفرض هذا الالتزام الإيجابي أيضا على كل متعاقد أن يحتفظ بالأداء الذي قدمه المتعاقد الآخر قبل الوقف خاصة إذا كان هذا الأداء بدون مقابل؛ أى نفذه المتعاقد الآخر مسبقاً دون مقابل. وعلى الطرف الذي يتلقى مثل هذا الأداء إما أن يعيده إلى الطرف الآخر، أو أن يضيفه إلى مجموع الأداءات في المستقبل عندما يعود العقد إلى سريانه الطبيعي [3].

٤- على كل متعاقد أيضاً أن يقدم كل المعلومات والمساعدات اللازمة لكى يستطيع الطرف المتعثر التخلص من عقبة التنفيذ التي أدت إلى وقف العقد.

١٩٥- والتزام الأطراف إيجابياً بحفظ العقد يثير تساؤلاً هاماً عن التكاليف أو المصاريف التي قد ينفقها أي منهما في الحفاظ على التزاماته أثناء مدة الوقف، هل يتحملها هذا المتعاقد بمفرده، أم يشاركه فيها المتعاقد الآخر، على اعتبار أن هذه المصاريف لم تنفق لتحقيق أغراض شخصية وإنما لبقاء العقد والحفاظ عليه بما يحقق مصالح الطرفين معاً ؟

والواقع أن الإجابة على هذا التساؤل تتوقف على وجود تنظيم اتفاقي لها من قبل الأطراف من عدمه.

---

(١) راجع.

ANTONMATTEI (P. - H.), Op. cit., p. 227.

(٢) انظر على سبيل المثال، قرار التحكيم الصادر في القضية رقم ١٧٠٣ لسنة ١٩٧٤، المجموعة الأولى من القرارات، ص ١٩٥. فقد أكدت هيئة التحكيم في هذه القضية أنه على المدين أن يبذل مجهودات جادة في الحصول على التراخيص المطلوبة، ولا يكفيه في ذلك أن يقدم طلباً واحداً للحصول على هذه التراخيص وتم رفضه.

(٣) انظر في هذا المعنى.

TREILLARD (J.), Op. cit., p. 90.

(١) - فقد يتفق الأطراف على عدم تعويض أى منهم عن الخسائر والمصروفات الناتجة من حدث القوة القاهرة أو حدث الـ Hardship . وفي هذه الحالة يمتد عدم التعويض إلى المصاريف التي تنفق أثناء مدة الوقف بهدف الحفاظ على العقد [١].

ومن أمثلة هذه الشروط، ذلك الذي ينص على أنه "لا يجوز لأي طرف أن يطالب بالجزاءات أو الفوائد أو بأى تعويضات أو مشاركة في الضرر الذي يحدث بسبب حادث القوة القاهرة " [٢].

ومن النادر أن تصل دقة تنظيم الأطراف لآثار شرط القوة القاهرة أو شرط "إعادة التفاوض" Hardship إلى تنظيمهم للمصروفات أو التكاليف التي قد تنفق أثناء فترة الوقف. ومع ذلك قد نقابل بعض هذه الشروط، منها على سبيل المثال الشرط الذي ينص على أن " ..... مدة الوقف والتكلفة والخسائر والتعويضات ... سوف يفصل فيها بالتفاوض بين الأطراف " [٣].

(٢)- أما إذا لم يتفق الأطراف على تنظيم هذه المسألة ، فإن الراجح في الفقه أن كل طرف يلتزم بالنفقات اللازمة لحفظ التزامه، وليس له الحق في أن يطلب مشاركة الطرف الآخر له في هذه النفقات [٤]. فهذه النفقات تجرى بغرض الحفاظ على الالتزام الأساسى لكل متعاقد، والوقف لم يؤثر في وجود هذا الالتزام أو في صحته. فإذا أنفق كل متعاقد نفقات أو مصروفات بهدف الحفاظ على هذا الالتزام، فليس من المنطقي أن يشاركه فيه المتعاقد الآخر الذي يلتزم في نفس الوقت بالحفاظ على بقاء التزامه بحالته

---

(١) راجع،

LAMETHE (D.), La clause de force majeure., Op., cit., p. 473.

(٢) شرط مشار إليه في،

FONTAINE (M.), Op. cit., p. 228.

(٣) شرط مشار إليه في،

Ibid.

(٤) انظر في ذلك،

FONTAINE (M.), Op. cit., p. 227 et 228 ; ANTONMATTEI (P. H.), Op. cit., p. 226.

قبل الوقف. فالالتزام بالحفاظ على العقد هو التزام تبادلي يقع على عاتق الطرفين .

١٩٦- الالتزام السلبي بالحفاظ على العقد (الالتزام بالامتناع عن عمل) :

الالتزام السلبي بالحفاظ على العقد أو الالتزام بالامتناع عن عمل يفرض على الأطراف عدم قيامهم بإجراءات أو أعمال معينة يكون من شأنها التأثير على وجود العقد أوعلى بقاء التزاماتهم الناتجة عن العقد.

وعلى غرار الالتزام الإيجابي بالحفاظ على العقد ، فإن الالتزام السلبي التزام متبادل، يقع على عاتق الدائن والمدين معًا وإن كان يظهر أكثر في جانب الدائن. فالمدين ملتزم بألا يقوم بأى عمل يهدم العقد أو يهدد مصالح الدائن أو يفوت عليه الفوائد التي يرجوها من العقد. وفي المقابل يلتزم الدائن بألا يستخدم حقه في فسخ العقد أثناء مده الوقف. فعليه أن ينتظر أثناء مدة الوقف ليتكشف مصير العقد بعدها. وإذا استشعر أن طول مدة الوقف تهدد مصالحه وتخفض من الفائدة التي سيحصل عليها حتى لو عاد العقد إلى السريان ، فعليه الاحتكام إلى القاضي ليحكم بفسخ العقد ولا يعلن الفسخ من جانبه [١].

١٩٧- والالتزام السلبي بالحفاظ على العقد يثير التساؤل عن مدى حق المتعاقد في البحث عن متعاقد آخر للحصول على الأداء الذي توقف تنفيذه بسبب وقوع حدث القوة القاهرة أو حدث الـ Hardship.

وتفصيل ذلك أنه في بعض العقود يرتب الوقف آثاراً غير محمودة لأحد الأطراف، الذي قد يضار كثيراً بسبب عدم استمرار الأداء الذي كان يحصل عليه. ففي عقد التوريد يعتمد المشتري في حصوله على المنتجات من مورد معين وفي أوقات محددة، ووقف التوريد يحرمه من هذه التوريدات طوال مدة الوقف، ويسبب له اضطرابات كثيرة في التعامل مع الآخرين. فهل يجوز للمورد إليه أن يحصل على هذه التوريدات من مورد آخر أثناء مدة الوقف، أم أن الالتزام السلبي بالمحافظة على العقد يمنعه من القيام بذلك ؟.

وإجابة هذا التساؤل تقتضي التمييز بين ما إذا كان الأطراف قد نظموا هذه المسألة بنص صريح، أم على العكس لم يضعوا لها تنظيماً خاصاً.

---

(١) انظر في هذا المعنى،

ANTONMATTEI (P. -H.), Op. cit., p. 225.

الفرض الأول : في حالة اتفاق الأطراف، فإن هذا الاتفاق يأخذ أكثر من شكل. فإما أن يتفقوا على إعطاء الحق لأي منهم في التعاقد مع الغير للحصول على الأداء أو الخدمة التي كان يحصل عليها قبل الوقف [1]، أو على العكس قد يتفقون على عدم إعطاء هذا الحق لأحدهم. وقد يتفقون أيضاً على أن سلطتهم في التعاقد مع الغير تكون وفقاً لحاجاتهم.

أما في **الفرض الثاني** الذي لا يتفق فيه الأطراف على تنظيم هذه المسألة، فإننا نتفق مع بعض الفقه [2] الذي يسمح للطرف المضرور من الوقف بشكل كبير أن يلجأ إلى الغير للحصول على الخدمة أو الأداء الذي كان يحصل عليه قبل الوقف، وذلك بشرط ألا يؤثر هذا التعاقد الجديد على عودة سريان العقد الأصلي بعد انتهاء مدة الوقف [3].

ويحقق هذا الرأى فائدة لكل من المتعاقدين. فالدائن سيحصل بمقتضى هذا الرأى على نفس الخدمة أو المنتج الذي كان يحصل عليه فبل الوقف مما يخفف من الأضرار التي سببها عدم تنفيذ المدين لالتزامه. وفي المقابل فإن المدين الذي توقف عن تنفيذ التزامه بسبب حدث القوة القاهرة أو حدث الـ Hardship لن يضار من تعاقد الدائن، فهذا التعاقد الجديد لن يؤثر على العلاقة بينه وبين هذا الدائن. فالعقد الأصلي سيعود إلى سريانه العادي عند زوال الحدث، أو حين وصولهم إلى اتفاق مشترك. وبمعنى آخر لن يتأثر مركزه القانوني بهذا التعاقد الجديد.

١٩٨- ثانياً : الإلتزام بالسعي لإستئناف سريان العقد:

استئناف سريان العقد من جديد بعد انتهاء مدة الوقف هو الهدف الرئيسي الذي

---

(١) انظر في أمثلة هذه الشروط،

FONTAINE (M.)., Op. cit., p. 227.

(٢) انظر في ذلك،

ANTONMATTEI (P. - H.), Op. cit., p. 228 ; ARTZ (J. - F.), Op. cit., p. 100 et 101.

(٣) يرجح البعض ، في خصوص عقد العمل، أنه للعامل الحق في الالتحاق بعمل آخر خلال مدة الوقف، أن يلتحق بعمل لدى مشروع آخر أو لدى صاحب عمل آخر. ويتأسس هذا الرأى على الأهمية التي يمثلها دخل العمل بالنسبة للعامل وبالنسبة لأسرته على السواء. ومادام أن وقف العقد يفقده هذا الدخل الذي يتعيش منه، فله أن يبحث عن دخل آخر خلال فترة وقف العقد. ويرتب أنصار هذا الرأى على ذلك أنه إذا وفر صاحب العمل للعامل مصدر رزق أثناء فترة الوقف، فليس للعامل أن يترك العمل ويبحث عن دخل له، فيجب أن يكرس كل وقته لخدمة صاحب العمل ويظل مرتبطاً بالعقد الأصلى. راجع في ذلك، د. محمد نصر الدين منصور، المرجع السابق، ص ١٥٠ - ١٥١.

يسعى إليه نظام الوقف. ونجاح هذا الأخير يتوقف على مدى تحقيق هذا الهدف. ولضمان عودة التنفيذ العادي للعقد، يلتزم كل متعاقد أن يقوم بكل الإجراءات الضرورية، وبذل كل الجهود الكافية التي تعجل بهذه العودة ، والتخلص من العائق الذي كان سبباً في وقف التنفيذ العادي [١]. و يعبر الأطراف عن ذلك في الشروط التعاقدية بالآتي "في جميع الحالات، سوف يتخذ الطرف المعني، كل الإجراءات المفيدة لكي يؤمن في أقل مدة. السريان العادي لتنفيذ الالتزامات . . . ." [٢].

فالتخلص من عائق التنفيذ هو تخلص من سبب الوقف، وهو أنسب الطرق لعودة سريان العقد من جديد [٣]. وقيام الأطراف بالتخلص من عقبة التنفيذ هو التزام يفرضه واجب التعاون بين الأطراف ويعد من أهم المبادئ العامة التي تحكم تنفيذ عقود التجارة الدولية [٤].

والأصل أن القيام بهذه الإجراءات يقع على عاتق الطرفين معاً كما يظهر من الشروط التعاقدية. ونذكر من هذه الشروط ذلك الشرط الذي ينص على أنه "سوف يقوم المتعاقدان بكل المجهودات المعقولة للتخلص من حالة القوة القاهرة وذلك في مدة معقولة " [٥]. وكذلك الشرط الذي ينص على أنه " في حلة القوة القاهرة سوف يتخذ الأطراف الإجراءات الضرورية لاستبعاد الصعوبات التي سببت الوقف أو لتخفيف أثر هذه الصعوبات" [٦].

---

(١) تأكيداً لهذا الالتزام تنص المادة ٣/٤٤٨ الخاصة بالكمبيالة من قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على أن " وعلى الحامل بعد زوال القوة القاهرة تقديم الكمبيالة للقبول أو للوفاء دون إبطاء ثم عمل الاحتجاج عند الاقتضاء ". ونفس الأمر تنص عليه المادة ٣/٥٢٦ الخاصة بالشيك من هذا القانون.

(٢) شرط مشار إليه في،
LEBOULANGER (Ph.), Op. cit., p. 39.

(٣) في هذا المعنى،
ANTONMATTEI (P. - H.), Op. cit., p. 226 ; FONTAINE (M.), Op. cit., p. 228.

(٤) انظر،
ABDUL MINIM H. (A.), Op. cit., p. 378 et 379.

(٥) الملحق رقم (7)، مشار إليه في،
LE ROY (D.), Op. cit.., p. 757.

(٦) الملحق رقم (٨)، مشار إليه في،
Op. cit., p.760.

ومع ذلك قد يتفق الأطراف على أن هذا الالتزام يقع على عاتق أحدهم فقط دون الآخر. ومثال لذلك الشرط الذي ينص على أن "يلتزم البائع، بقدر الإمكان، بكل ما من شأنه تخفيف آثار القوة القاهرة "[١].

١٩٩- ويثير الالتزام بإزالة سبب الوقف تساؤلاً هاماً حول الجهد المطلوب من المتعاقد بذله في هذا الصدد، والمعيار الذي يقاس عليه هذا الجهد ؟

لا تشير دراسة الشروط التعاقدية المتاحة لنا إلى معيار معين يلجأ إليه المحكمون لقياس هذه المجهودات. فالأطراف يستخدمون مصطلحات متنوعة للتعبير عن هذا الالتزام. ومن هذه المصطلحات، "كل الأوضاع المفيدة" [٢]، "كل الإجراءات والمجهودات الضرورية" [٣]، "المجهودات المعقولة" [٤]، "المجهودات التي تتمشى مع الظروف" [٥].

بيد أن أكثر هذه الصياغات استخداماً هي صيغة "المجهودات المعقولة أو الإجراءات المعقولة efforts raisonables - mesures raisonables" [٦].

والواقع أن مضمون هذه المجهودات وقدرها يختلف من حالة لأخرى وفقاً لظروف هذه الحالة. ومع ذلك توجد بعض المؤشرات التي يمكن أن تساعد في تقدير هذه المجهودات، مثل : نوعية العائق الذي أثر في تنفيذ الالتزام، و القدر الذي أثر به هذا العائق في التنفيذ، وأهمية العقد بالنسبة للمتعاقدين. ويتمتع المحكم بسلطة واسعة في تحليل الأعمال التي قام بها كل متعاقد أو التي من المفروض أن يقوم بها للحفاظ على

---

(١) الملحق رقم (٦)، مشار إليه في.

Op. cit., p. 655.

(٢) انظر الملحق رقم (٥)، مشار إليه في،

LE ROY (D.), Op. cit., p. 753.

(٣) انظر الشرط المشار إليه في،

FONTAINE (M.), Op. cit., p. 229.

(٤) انظر الملحق رقم (٤١)، مشار إليه في،

LE ROY (D.), Op. cit., p. 770.

(٥) انظر الشرط المشار إليه في.

(6)FONTAINE (M.), Op. cit., p. 228.

انظر هذا المعنى،

LE ROY (D.), Op. cit., p. 770..

العقد في ظل الظروف المماثلة.

٢٠٠- ويفرض تنفيذ هذا الالتزام على الأطراف التزاماً آخر هو الالتزام بالإخطار [١]. فكل طرف ملتزم بأن يخطر الطرف الآخر بالوسائل الممكنة للتخلص من العقبة وإعادة السريان الطبيعي للعقد [٢]. وواجب الإخطار لا يقتصر على طرف واحد ولكنه التزام متبادل يهدف إلى إيجاد اتصال مستمر بين الأطراف مما يجعلهم يعملان كفريق واحد في مواجهة عقبة التنفيذ [٣].

٢٠١- والتساؤل الذي يفرض نفسه هنا هو: إذا لم يقم المتعاقد بالمجهودات المتطلبة منه سواء للحفاظ على العقد أو لعودة السريان العادي له، فما الجزاء الذي يمكن أن يوقع عليه في هذه الحالة؟

إن فحص الشروط التعاقدية يوضح لنا أن الأطراف قد يحددون، في بعض الشروط، هذا الجزاء فى عقودهم. ومثال ذلك الشرط الذي ينص على أن " ... إذا لم يقم المتعاقد بالمجهودات المعقولة لوضع نهاية لحالة القوة القاهرة، فإنه يحق للمتعاقد الآخر، إما أن يفسخ العقد لو أثر الحدث على مجموع الالتزامات الناتجة من هذا العقد، أو أن يخفف التزامه بنسبة توازي النسبة التي أثر بها الحدث على العقد ... " [٤].

أما في غالبية العقود لا يتفق الأطراف على تحديد هذا الجزاء. وفي هذا الفرض نتفق مع بعض الفقه في القول بأن التعويض هو الجزاء المناسب في هذه الحالة [٥]. فإعطاء حق فسخ العقد للمتعاقد الآخر سيلغي كل فائدة لنظام الوقف الذي جاء أساساً للحفاظ على العقد والبقاء على العلاقة التعاقدية بين الأطراف، هذا بالإضافة إلى أن فسخ العقد يترتب عليه نتائج خطيرة وغير محمودة خاصة إذا تعلق الأمر بعقد دولي.

---

(١) الالتزام بالإخطار سيكون محل دراسة تفصيلية في الباب التالي الفصل الأول من القسم الثاني من الرسالة.

(٢) انظر في ذلك،

LEBOULANGER (Ph.), Op cit., p. 231.

(٣) انظر.

ABDUL MINIM H. (A.), Op. cit., p. 378.

(٤) الملحق رقم (٧)، المشار إليه سابقاً.

(٥) انظر على سبل المثال.

FONTAINE (M.), Op. cit., p. 229 ; LAMETHE (D.), Op. cit., p. 473.

المبحث الثاني
نهاية الوقف

٢٠٢- لا يوقف سريان العقد طويلاً، أو هكذا يجب. فإذا كان الوقف يحمي العقد ويحافظ على مصالح الأطراف، فإن تعليق الالتزام فترة طويلة قد يثير قلق الأطراف وعدم ثقتهم في المعاملات الدولية ويهدد مصالحهم بالخطر. هذا بالإضافة إلى أن التغيرات الجذرية المفاجئة في الظروف، وبصفة خاصة في الأسعار، قد تهدد تنفيذ العقد بعد انتهاء مدة الوقف وتجعل من المستحيل أو من الصعب تنفيذه بالشكل الذي أتفق عليه الأطراف.

وانتهاء مدة الوقف يثير مسألتين هامتين: تتعلق الأولى بالمدة التي يجب أن يبقاها العقد موقوفاً، وتخص الثانية طرق انتهاء هذا الوقف.

وسوف نخصص المطلبين التاليين لمعالجة هاتين المسألتين على التوالى.

المطلب الأول
مـدة الوقـف

٢٠٣- تخضع مدة الوقف، بحسب الأصل،إلى إرادة الأطراف. ومع ذلك قد تنص بعض اتفاقيات التجارة الدولية، والشروط العامة أو النموذجية الخاصة بها على هذه المدة. وعلى خلاف ذلك قد لا تتحدد مدة معينة يوقف خلالها العقد، وفي هذه الحالة يثور التساؤل عن الأساس الذي تتحدد وفقاً له هذه المدة.

وسوف نعرض في هذا المطلب لهذين الفرضين.

٢٠٤- أولاً : تحديد مدة الوقف :

الأصل، كما ذكرنا من قبل، أن شروط القوة القاهرة أو القوة القاهرة بمفهومها الحديث وشروط "إعادة التفاوض" Hardship هى شروط تستمد أصلها من الواقع التعاقدى. فالأطراف هم الذين ينظمون حالات تطبيق الشرطين والنتائج المترتبة عليهما. وتطبيقاً لمبدأ سلطان الإرادة، قد يتفق الأطراف على مدة معينة يوقف خلالها تنفيذ عقدهم.

ويتنوع اتفاق الأطراف على المدة التي يوقف فيها العقد بسبب حالة القوة القاهرة أو بسبب حدث الـ Hardship ، فلا يأتي اتفاق الأطراف، في هذا الصدد، في شكل واحد. ففي بعض الشروط قد لا يتطرق الأطراف إلى تحديد هذه المدة عند اتفاقهم على وقف العقد. ومن أمثلة هذه الشروط ذلك الذي ينص على أن "سوف يوقف تنفيذ التزامات المتعاقدين عندما يصبح تنفيذ هذه الالتزامات مستحيلاً بسبب حدث القوة القاهرة "[1].

وقد يتفق الأطراف على مدة محددة للوقف، بيد أنها تتفاوت من عقد لآخر بحسب طبيعته ووفقاً للمصلحة التي قدرها الأطراف. فقد تتحدد في بعض العقود بقدر مدة بقاء الحدث ولكن بشكل ضمني. وتعكس الشروط الواردة في هذا الصدد تغايراً كبيراً في هذه

---

(١) انظر الملحق رقم (٨)، مشار إليه في،

LE ROY (D.), Op. cit., p. 760.

وانظر أيضاً الملحق رقم (٣)، مشار إليه في نفس المرجع، ص٧٥٠.

المدد. فقد يتفق الأطراف على أنه "لو أدت حالة القوة القاهرة إلى تأخير التسليم اكثر من شهر ٨ أشهر .. " [١]. وقد تكون هذه المدة أربعه أشهر كما ينص الشرط الآتي "لو استمرت حالة القوة القاهرة أكثر من أربعة أشهر ... " [٢]. وقد يقدرها الأطراف بستة شهور "إذا حدثت القوة القاهرة وترتب عليها تأخير أكثر من ستة أشهر...." [٣]. وأخيراً قد يحدد الأطراف هذه المدة بثلاثة اشهر فقط كما ينص الشرط الآتي "لو استمرت ا لأحداث أكثر من ثلاثة أشهر ... " [٤].

ففي هذه الأمثلة تتحدد مدة الوقف بشكل ضمني؛ لأن اتفاق الأطراف على أن يتفاوضوا في شأن العقد بعد مرور هذه الفترة يعنى أن العقد كان موقوفاً خلالها. فتأخير التسليم بسبب الحدث، ثم اتفاق الأطراف على العودة إلى التنفيذ يعني بالضرورة وقف تنفيذ العقد.

وقد يتفق الأطراف على تحديد هذه المدة بمدة بقاء الحدث بشكل صريح. ومثال ذلك الشرط الذي ينص على أنه "إذا لم يتمكن أحد المتعاقدين من تنفيذ التزاماته الناتجة من العقد بصفة كلية أو جزئية، بسبب حدث القوة القاهرة، ..... سوف يوقف تنفيذ الالتزامات والحقوق الناتجة من هذا العقد طوال فترة بقاء الحدث" [٥].

٢٠٥- أما بالنسبة لاتفاقيات التجارة الدولية فإنها تعرف طريقتين لتحديد مدة

---

(١) شرط مشار إليه في

FONTAINE (M.) , Op. cit., p. 231.

وانظر أيضاً الملحق رقم (١٨)، مشار إليه في،

LE ROY (D.), Op. cit., p. 778.

(٢) مشار إليه في،

Op. cit., p. 230.

(٣) مشار إليه في ،

KAHN (Ph.), Force majeure et contrats internationaux., op. cit., p. 482 ; ARTZ (J. - F.), Op. cit.,. p. 102.

ويشير الأستاذ الأخير إلى أنه في عقود التوريد تكون هذه المدة ستة أشهر .

(٤) مشار إليه في،

KAHN (Ph.), La vente internationale., op. cit., p. 109.

(٥) مشار إليه في،

LE ROY (D.), Op. cit., p. 757.

الوقف : فإما أن تحدد هذه المدة بالمدة المعقولة أو تحددها بمدة بقاء الحدث.

(١) فبالنسبة للمدة المعقولة، فإن الشرط النموذجي للقوة القاهرة والظروف الطارئة الذي أعدته غرفة التجارة الدولية ينص في الفقرة السابعة منه على أن "يوقف تنفيذ العقد أثناء فترة معقولة ... " [(١)]. ونفس الأمر يتواجد في مبادئ الـ Unidroit الخاصة بعقود التجارة الدولية؛ إذ تنص في الفقرة الثانية من المادة ٧-١-٧ الخاصة بالقوة القاهرة على أنه "عندما يكون العائق مؤقتاً، فإن الإعفاء ينتج أثره خلال مدة معقولة أخذاً في الاعتبار نتائج العائق على تنفيذ العقد" [(٢)].

(٢) أما بالنسبة لتحديد مدة الوقف بمدة بقاء الحدث فمثاله اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولى للبضائع (فيينا ١٩٨٠) التي تنص في المادة ٣/٧٩ على أن "يحدث الإعفاء المنصوص عليه في هذه المادة أثره خلال المدة التي يبقى فيها العائق قائماً" [(٣)]. والأمر هو نفسه فيما يتعلق بهذه المدة في القانون الألماني المتعلق بالعقود الاقتصادية الدولية [(٤)].

٢٠٦- ثانياً : عدم تحديد مدة الوقف:

إذا لم يحدد الأطراف مدة معينة يوقف فيها تنفيذ العقد، فإن تقدير هذه المدة يخضع لتقدير المحكم الذي ينظر النزاع، وهو يتمتع في ذلك بسلطة تقديرية كبيرة.

ويمكن القول بأن قضاء التحكيم يأخذ في اعتباره عدة اعتبارات أثناء تقديره للمدة المعقولة التي يبقى خلالها العقد موقوفاً. ومن هذه الاعتبارات: طبيعة التزامات المتعاقدين، المدة اللازمة لتنفيذ هذه الالتزامات، مقدار الالتزامات التي لم تنفذ بعد، ومدى العائق ومدى أثره على تنفيذ العقد، ومقدار المدة الباقية من الوقت ومدى كفايتها لتنفيذ الالتزامات المتبقية ، مدى اعتبار التنفيذ مفيداً ومجدياً خلال هذه الفترة. وبالجملة كل الظروف المحيطة بالوقف ؟

ومن المفيد في هذا الصدد أن نشير إلى قرارين من قرارات التحكيم التجاري

---

(١) انظر الفقرة السابعة من هذا الشرط.

(٢) المادة ٧ - ١ - ٧. ومن الجدير بالذكر أن هذه المبادئ لم تحدد مدة معينة لوقف العقد في المواد المتعلقة " بشرط إعادة التفاوض واكتفت بأن نصت على أن طلب تعديل العقد لا يوقف بنفسه تنفيذ الالتزامات.

(٣) اتفاقية فيينا للبيع ١٩٨٠، مادة ٣/٧٩.

(٤) انظر المادة ٢/٢٩٢ من هذا القانون.

التي قدرت فيهما هيئة التحكيم هذه المدة المعقولة بشكلين مختلفين وفقاً لظروف الواقعة. والقرار الأول هو القرار الصادر في القضية رقم ١٧٠٣ لسنة ١٩٧٤ سالفة الذكر، والقرار الثاني هو القرار الصادر في القضية رقم ٢٥٤٦.

القرار الأول، على أثر نشوب الأعمال العدائية بين الدولتين التي تنتمي إليها الشركتين X، Y طرفا عقد التوريد، لم تستطع الشركة الأولى توريد ما التزمت به تجاه الثانية، وطالبت بفسخ العقد بسبب هذه الأعمال العدائية. قررت هيئة التحكيم أن الأعمال العدائية التي نشبت بين دولتي الطرفين تمثل استحالة في تنفيذ العقد ولكنها استحالة مؤقتة تؤدي إلى وقف تنفيذ العقد في الفترة من بداية هذه الأعمال وحتى نهايتها، وبعد ذلك أيضاً بعشرين يوماً تحسب من تاريخ انتهاء هذه الأعمال [١].

القرار الثاني، فى هذا القرار دفع البائع الإسرائيلى مسئوليته عن عدم تنفيذ التزامه بالتوريد تجاه المشترى الأسترالى بنشوب حرب أكتوبر ١٩٧٣ وما ترتب عليها من غلق المصانع واضطراب فى المواصلات. رفض المحكم الإنجليزي الفرد الذي نظر النزاع حجة البائع الإسرائيلي وانتهى إلى أن الحرب وإن كانت تشكل استحالة في تنفيذ عقد التوريد، إلا أنها استحالة مؤقتة يوقف بسببها العقد طوال فترة الحرب وبعدها أيضاً بشهرين فقط؛ أي أن أثر الحرب يزول ويستأنف العقد سريانه في أول يناير ١٩٧٤ [٢].

والمتأمل لهذين القرارين يجد أن هيئة التحكيم في القرار الأول والمحكم الفرد في القرار الثاني عولا على المدة التي استمرت خلالها الحرب، وقدرة الطرف المدين على استئناف تنفيذ التزامه بعد زوال الحدث. فالشركة المدعي عليها تستطيع في القرار الأول أن تحصل على الرخص المطلوبة لتنفيذ التزامها، وأن تجد وسيلة تمويل أخرى بعد مدة عشرين يوماً من انتهاء الأعمال العدائية التي نشبت بين دولتها ودولة الشركة المدعية. أما في القرار الثاني فإن المحكم قدر المدة التي يستطيع فيها البائع الإسرائيلي نقل المواد الأولية المطلوبة منه لصالح المشتري الأسترالي بمدة شهرين بعد انتهاء حرب أكتوبر. وأياً كان الأمر، فإن تحديد مدة الوقف متروك للسلطة التقديرية للقاضي أو المحكم الذي ينظر النزاع.

---

(١) انظر، المجموعة الأولى من قرارات التحكيم الصادرة عن غرفة التجارة الدولية، ص ١٩٥ – ١٩٧.

(٢) قرار غير منشور، مشار إليه في،
Werner Melis, Force majeure and Hardship clauses, Op. cit., p. 217 et 218.

المطلب الثاني
طرق انقضاء الوقف

٢٠٧- ينقضي وقف سريان عقد التجارة الدولية بطرق متعددة. فينقضي بعودة السريان العادي للعقد. وينقضي أيضاً بنهاية حتمية وهى نهاية مدة العقد، ما لم تمتد مدته مدة مساوية لمدة الوقف. وينقضى كذلك إذا أصبح التنفيذ غير مجد أو غير مفيد في المدة المتبقية للتنفيذ.

وسوف نعرض في هذا المطلب على التوالي لعودة السريان العادي للوقف كطريقة من طرق انقضاء الالتزام، وللطرق الأخرى لهذا الانقضاء.

٢٠٨- أولاً : انقضاء الوقف باستئناف سريان العقد :

النتيجة الطبيعية التي من الممكن أن يؤدي إليها الوقف هى عودة السريان العادي للعقد[1] . فالوقف ينقضي عندما يمكن للمتعاقدين الاستمرار في تنفيذ التزاماتهم، أى عندما يزول الحدث الطارئ وتزول معه آثاره.

٢٠٩- وترتبط باستئناف سريان العقد مسألتان هامتان : تتعلق الأولى بمضمون استئناف سريان العقد، وتخص الثانية امتداد مدة تنفيذ العقد مدة مساوية لمدة وقف العقد.

٢١٠- ١- مضمون استئناف سريان العقد :

استئناف سريان العقد مرة أخرى بعد مدة توقف يفتح الباب للعديد من التساؤلات. هل استئناف العقد يعد حقاً للمتعاقدين يمكن لأحدهما أن يجبر الآخر عليه. أم أنه اختيار، ومن ثم قد لا يستأنف العقد مرة أخرى إذا لم يرغب الطرفان أو أحدهما في ذلك ؟ هل يعود العقد الأصلي بكل التزاماته وشروط تطبيقه، أم أننا أمام عقد جديد يختلف عن العقد الأصلي الذي ارتبط به الأطراف ؟ وإذا تغيرت ظروف العقد أثناء مدة الوقف وتأثر تبعاً لهذا التغيير التزام أحد الأطراف، فهل يحق له أن يطالب بتعديل هذا الالتزام؟

---

(١) انظر في ذلك،

ANTONMATTEI (P. H.), Op. cit., p. 228.

بالنسبة للتساؤل الأول والمتعلق بمدى اعتبار استئناف العقد حقاً للمتعاقدين، فإن غالبية الفقه تجيب عليه بالإيجاب. فعودة سريان العقد تعتبر حقاً لكل متعاقد يستطيع أن يطالب به إذا تقاعس الطرف الآخر عن تنفيذ التزامه بعد انقضاء الوقف. ويترتب على ذلك أنه إذا امتنع أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه في هذه الحالة، فإنه يعد مرتكباً لخطأ تعاقدي تقوم به مسئوليته التعاقدية [1]. فالأمر لا يتعلق إذن باختيار يمارسه أحد المتعاقدين وفقاً لإرادته، ولكنه التزام يفرض على عاتق الطرفين معاً بأن يستمرا في تنفيذ التزاماتهم كما كانت قبل إبرام العقد.

أما فيما يتعلق بالتساؤل الثاني والذي يخص طبيعة العقد الذي يستأنف سريانه هل هو العقد الأصلي أم عقد جديد، فإن الفقه يتفق أيضاً في أن العقد الأصلي هو الذي يستأنف تنفيذه، ولا يتعلق الأمر بعقد جديد. وتبرير ذلك أن الوقف لا يؤدي إلى هدم العقد الأصلي أو اختفاء الالتزامات الناتجة عنه، وإنما يؤدي فقط إلى تأجيل تنفيذ هذه الالتزامات فترة من الوقت، فإذا انقضى هذا الوقف عاد العقد الأصلي بكل التزاماته للتنفيذ [2]. وترتيباً على ذلك تعود العلاقات الأصلية بين الأطراف، وتنفذ هذه العلاقات بنفس الشروط المنصوص عليها من قبل [3].

وبخصوص التساؤل الثالث وفيما يتعلق بمدى أحقية كل متعاقد في المطالبة بتعديل التزامه إذا أصبح تنفيذ هذا الالتزام مكلفاً بالنسبة له، بما يهدده بخسائر فادحة، فنرى أن استئناف العقد من جديد لا يمنع من المطالبة بتعديل أحكام هذا العقد إذا تأثرت هذه الالتزامات بظروف وقعت أثناء الوقف. والأمر يتوقف بالدرجة الأولى على ما إذا كان هذا العقد قد تضمن نصاً يسمح بمراجعة أحكام العقد أم لا. فإذا احتوى العقد على هذا النص، فإن أحكامه هى التي تنطبق ولا يمنع من ذلك عودة السريان العادي للعقد.

---

(١) انظر على سبيل المثال،
ANTONMATTEI (P. H.), Op. cit., p. 229 ; TREILLERD (G.), Op. cit., p. 95 ; MABROUK (R.), Op. cit., p. 406.

(٢) راجع في ذلك، د. حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، بند ٥٥٤، ص ٣٨٩. وانظر أيضاً،
ANTONMATTEI (P. H.), Op. cit., p. 230 ; TREILLERD (G.), Op. cit., p. 97.

(٣) انظر في هذا المعنى،
MOUSSERON (G. - N.), Op. cit., n° 1431 ; PETEL (I), Les durées d' efficacité du contrat , th., Montpelier ,1984 , n° 616.

أما إذا كان العقد قد خلا من مثل هذا النص، فإن تعديل أحكام العقد أو عدم تعديلها يتوقف على مدى أخذ القانون المطبق على هذا العقد بنظرية الظروف الطارئة. فإذا كان هذا القانون يأخذ بالنظرية، فإن أحكام العقد يمكن تعديلها حتى تتمشى مع الظروف الجديدة، والعكس صحيح.

ننتهي من ذلك إلى أن استئناف العقد بنفس شروطه السابقة لا تمنع من استفادة أحد المتعاقدين من تعديل التزاماته إذا تأثرت هذه الالتزامات بأحداث خارجية أثناء وقف العقد، هذا كله في ضوء أحكام القانون المطبق على العقد.

٢١١ - ٢ - اثر الوقف على مدة تنفيذ العقد :

إذا كان الرأي الراجح هو أن العقد يعود إلى السريان بنفس شروطه السابقة، فإن التساؤل يفرض نفسه فيما يتعلق بمده العقد، هل تبقى نفس المدة المحددة سابقاً في العقد، أم يضاف إليها مدة الوقف ؟ بمعنى آخر هل تتغير مدة تنفيذ العقد نتيجة للوقف؟.

ترى غالبية الفقه أن مدة تنفيذ العقد يجب أن تمتد فترة مساوية للفترة التي توقف فيها العقد عن التنفيذ، سواء كان العقد محدد المدة أو غير محدد المدة [١]. ويبرر أنصار هذا الرأى امتداد فترة تنفيذ العقد محدد المدة فترة مساوية لفترة الوقف بأن عامل الوقت في العقد كان جوهرياً. وعندما حدد الأطراف التزاماتهم قد أخذوا في اعتبارهم المدة التي ستنفذ فيها هذه الالتزامات. ويترتب على ذلك أنه إذا وقع حدث القوة القاهرة أو حدث الـ Hardship وأوقف تنفيذ العقد فترة بقاء الحدث، فإن مدة تنفيذ العقد تنقضي بقدر مدة الوقف. وإذا استأنف العقد سيرته الأولى، فيجب أن تمتد فترة تنفيذ العقد فترة مساوية لفترة الوقف، ما لم يتفق الأطراف على مدة أخرى [٢].

والجدير بالذكر أن أحكام محكمة النقض المصرية لا تسير على وتيرة واحدة بخصوص هذا الأمر. فإذا كانت بعض الأحكام تسمح بمد مدة العقد مدة مساوية لمدة وقفه، فإن هناك بعض الأحكام تعرض عن ذلك. وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض

---

(١) انظر في ذلك، د. حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، بند ٥٤٩، ص ٣٧٨؛
ARTZ (J. - F.), Op. cit., p. 96 ; TREILLARD (G.), Op. cit., p. 94.

(٢) انظر في ذلك،
KAHN (Ph.), Force majeure et contrats internationaux., op. cit., p. 481; ANTONMATTEI (P. H.), op. cit., p. 230.

بأنه وإن كان الشارع قد "رتب على عقد العمل وفي حالة عودة العامل إلى عمله بعد تسريحه من الخدمة العسكرية الإلزامية ضم مدة التجنيد إلى مدة الخدمة عند حساب المكافأة أو المعاش وتقرير العلاوات والترقيات واعتبار أن فترة الاختبار قد تم اجتيازها بنجاح بإنهاء مدة الخدمة العسكرية أو الوطنية، إلا أنه لا يتأتى منه التزام صاحب العمل بأجر العامل طوال هذه المدة، أو مد مدة عقد العمل محدد المدة بقدر مدة التجنيد، أو صيرورة هذا العقد غير محدد المدة، وكان عقد العمل يدخل أثناء مدة تجنيد العامل في عداد العقود الموقوفة طبقاً للقواعد العامة في القانون المدني إذ يستحيل على العامل القيام بعمله خلالها، وفي المقابل لا يلزم صاحب العمل بأداء أجره " [١].

وإذا كان من الممكن قبول امتداد مدة العقد محدد المدة مدة مساوية للمدة التي يوقف فيها تنفيذه، فإنه لا يمكن التسليم بامتداد مدة العقد غير محدد المدة. فالأصل أن العقد غير محدد المدة أي أن الأطراف لم يأخذوا في اعتبارهم الوقت الذي يجب أن تنفذ فيه الالتزامات. وبالتالي إذا توقف سريان هذه الالتزامات فترة من الوقت، فإن الوقف لم يسقط هذه المدة من مدة تنفيذ العقد، ولا يحتاج العقد في هذه الحالة إلى امتداد في مدد التنفيذ.

٢١٢- وبفحص الشروط التعاقدية في هذا الصدد نجد أن المدة التي يتفق الأطراف على إضافتها إلى مدة العقد بعد الوقف تختلف من عقد لآخر. ففي بعض العقود يتفق الطرفان على أن تكون هذه المدة مساوية لمدة الوقف، ولذلك جاء النص كالتالي "سوف تمتد تلقائياً الالتزامات الناتجة من هذا العقد مدة مساوية لمدة التأخير التي سببها الحدث" [٢]. وأيضاً الشرط الذي ينص على أن "يمتد وقت التسليم بقدر عدد أيام العمل التي فقدتها شركة التركيب بسبب الظروف السابق ذكرها ...." [٣].

وفي عقود أخرى يتفق الطرفان على مد مدة تنفيذ العقد بقدر مدة التأخير أو عدم

---

(١) نقض مدني، ١٩٨٤/٣/١٩، الطعن رقم ٨٧٩ لسنة ٤٨ قضائية، مجموعة أحكام المكتب الفني، السنة ٣٥، ص ٧١١.

(٢) شرط وارد في عقد إنشاء مصنع لإسالة الغاز الطبيعي وارد في،

LEBOULANGER (Ph), Op. cit., p. 23.

وانظر أيضا الملاحق رقم ٤، ٥، ١٢، ١٨ الواردة في ،

LEROY (D.), Op. cit., p. 751, 753, 768 et p. 777.

(٣) شرط وارد في،=

الوفاء بسبب الحدث، بالإضافة إلى المدة اللازمة لإزالة الضرر الذي تسبب فيه التأخير. ومن أمثلة ذلك الشرط الذي ينص على أنه "والمدة التي استغرقها عدم الوفاء أو التأخير في الوفاء عن المدة التي تكون لازمة لإصلاح أى ضرر نشا خلال هذا التأخير تضاف إلى المدة المقررة في هذه الاتفاقية للوفاء بهذا الالتزام والوفاء بأى التزام آخر يترتب عليه، وبالتبعية إلى مدة سريان هذه الاتفاقية، بشرط أن يكون ذلك مقصوراً على القطاع أو القطاعات التي تأثرت بهذه الحالة "[1].

وفي بعض العقود يتفق الأطراف على أن يمتد العقد فترة معقولة دون تحديد أكثر لهذه المدة. ومثال ذلك الشرط الآتي "سوف تمتد فترة تنفيذ هذا العقد مدة معقولة un délai raisonable مع الأخذ في الاعتبار باقي الظروف "[2]. وقد يخضع تحديد هذه المدة لاتفاق لاحق بين الأطراف[3].

وفي عدد من العقود يعهد الأطراف لأحدهم بتحديد هذه المدة وفقاً لما يراه. ومثال ذلك الشرط الذي ينص على أن " يتولى المشترى تحديد قدر الامتداد في مدد التنفيذ"[4].

٢١٣- ثانياً : طرق أخرى لإنقضاء الوقف :

ينقضي الوقف بطرق أخرى بخلاف النهاية الطبيعية له باستئناف سريانه، فينقضي إذا أصبح التنفيذ غير مجد أو غير مفيد لأي من المتعاقدين، وينقضي أيضاً باتفاق

= KAHN (Ph.), Op. cit., p. 481.

والجدير بالذكر أن المادة ١/٤٤٨ والمادة ١/٥٢٦ من قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة المتعلقتان بالكمبيالة والشيك تنصان على امتداد المواعيد بسبب القوة القاهرة دون تحديد أكثر لمدة الامتداد. وفي ذلك تنص المادة ١/٤٤٨ على أنه " إذا حالت قوة قاهرة دون تقديم الكمبيالة أو عمل الاحتجاج في المواعيد المقررة لذلك امتدت هذه المواعيد "، ونفس الأمر في المادة ١/٥٢٦ الخاصة بالشيك.

(١) مادة ٢٣ " القوة القاهرة" من الترخيص الصادر من وزير البترول للتعاقد مع الهيئة العامة للبترول أيوك كو إنك وهيئة التمويل الدولية في شأن البحث عن الغاز واستغلاله في منطقة مليحة (حفر عميق) بالصحراء الغربية، واردة في الجريدة الرسمية، العدد ١٨ تابع (ب)، ٩ مايو ١٩٦٦، ص ٧ وما يليها، وبصفة خاصة ص ١٥٤.

(٢) مشار إله في.

FONTAINE (M.), Op. cit., p. 225.

(٣) انظر،

Ibid.

(٤) راجع،

Op. cit., p. 227.

الأطراف.

(١) انقضاء الوقف إذا أصبح التنفيذ غير مفيد أو غير مجد :

ذكرنا آنفاً أن من ضمن العناصر التي تدخل في تحديد الاستحالة المؤقتة التي يترتب عليها وقف تنفيذ الالتزام أن تكون المدة المتبقية مفيدة في تنفيذ العقد. بمعنى أن يكون تنفيذ العقد خلال هذه المدة مفيداً ومجدياً للطرفين [1]. فإذا استمر وقف العقد إلى أن أصبح تنفيذه غير مجد أو غير مفيد، بأن أصبح بعد ذلك غير مناسب، جاز لأي منهما أن ينهي فترة الوقف بفسخ العقد على أساس تحول الاستحالة المؤقتة إلى استحالة نهائية.

(٢) انقضاء الوقف باتفاق الأطراف :

ينقضي الوقف أيضاً باتفاق الأطراف. فإرادة الأطراف تلعب الدور الرئيسي في تقرير الوقف، وتلعب هذا الدور الرئيسي أيضاً في انقضائه. فإعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة يستطيع الأطراف أن يتفقوا على وضع نهاية لوقف العقد حتى قبل انتهاء المدة التي اتفقوا على وقف العقد خلالها. وينتهي الوقف ضمنياً لو اتفق الأطراف خلال مدة الوقف على فسخ العقد والتحلل من الروابط العقدية كلية، أو اتفقوا على استئناف سريان العقد بشروط جديدة راعى فيها الأطراف التغيرات التي حدثت في الظروف التي كانت السبب في وقف العقد. فاتفاقهم على الفسخ أو على استئناف سريان العقد يعني اتفاقهم على نهاية الوقف بشكل ضمني.

---

(١) انظر سابقاً، بند ١٨١.

الفصل الثاني
إعادة التفاوض بحسن نية

٢١٤- إعادة التفاوض هى وسيلة لتبادل الآراء والمقترحات حول تعديل أحكام العقد الذي يربط بين الأطراف[1]. وتعتبر إعادة التفاوض طريقه هامة من طرق حل الخلافات والنزاعات التي قد تثور بين الأطراف أثناء تنفيذ عقود التجارة الدولية .

وقبل أن ندرس المسائل الشكلية والموضوعية لإعادة التفاوض نود أن نعالج في مبحث تمهيدي مسألة غاية في الأهمية تتعلق بإعادة التفاوض في العقد بسبب حدث القوة القاهرة في مفهومها الحديث تدور حول السؤال التالي: هل القوة القاهرة ترتب التزاماً بإعادة التفاوض بشأن العقد ؟

وترتيبا على ذلك ينقسم هذا الفصل إلى:

مبحث تمهيدي: إعادة التفاوض في العقد كنتيجة للقوة القاهرة بمفهومها الحديث

فـــرع أول: القواعد التي تحكم إعادة التفاوض

فـــرع ثان: نتيجة إعادة التفاوض

---

(١) انظر في هذا التعريف،

DUPIN de SAINT CYR (P.), Contrats d'exportation : modèles et commentaire, 2° éd., Jupiter, paris, 1973, p. 31.

مبحث تمهيدي
إعادة التفاوض كنتيجة للقوة القاهرة بمفهومها الحديث

٢١٥- أولا : إعادة التفاوض ترتبط بالمفهوم الحديث للقوة القاهرة:

تؤدى القوة القاهرة بمفهومها التقليدى إلى نتيجة محددة لا خلاف عليها في الفقه أو في القضاء، وتتمثل هذه النتيجة في انفساخ العقد وانتفاء مسئولية المدين عن عدم التنفيذ[١].

وهذه النتيجة وإن كانت معروفة أيضا في عقود التجارة الدولية، إلا أنها لا تطبق إلا نادراً. فاللجوء إلى فسخ العقد لا يكون في هذه العقود إلا كحل أخير في غياب جميع الحلول الأخرى التي تحفظ العقد وتضمن له الاستمرار في التنفيذ، ومن أهم هذه الحلول إعادة التفاوض في العقد[٢].

فالمبدأ المطبق في عقود التجارة الدولية هو مبدأ الحفاظ على العقد، وبقاء العلاقات التعاقدية بين الأطراف، ولهذا نجد أنه من النادر أن يتفق الأطراف على إنهاء العقد أو فسخه بسبب حدث القوة القاهرة[٣]. فالغالب في الشروط التعاقدية، وفي آراء الفقه، أن يتفق الأطراف على إعادة التفاوض بهدف تعديل العقد حتى تتماشى أحكامه مع المعطيات الجديدة في الظروف[٤].

وإعادة التفاوض في العقد كنتيجة لحدث القوة القاهرة هي فكرة لصيقة بعقود التجارة الدولية تميزها عن القوة القاهرة في عقود الداخلية. ولهذا يطلق الفقه على مصطلح «القوة القاهرة الحديثة» Force majeure moderne بالمقارنة "بالقوة

---

(١) انظر في ذلك،

GRELON (B.) et GUDIN (C. E.), Contrats et crise du Golf, JDI, 1991, p. 658 ; KAHN (Ph.), Force majeure et contrats internationaux., op. cit., p. 468.

(٢) راجع،

MALINERI (P.), Les conditions générales de vente., op. cit., p. 173.

(٣) انظر،

KAHN (Ph.), La lex mercatoria et pratique de contrats internationaux., op. cit., p. 203.

(٤) انظر في ذلك،

FONTAINE (M.), Op. cit., p. 241.

القاهرة التقليدية" force majeure classique التي تؤدى إلى فسخ العقد بقوة القانون [١]، أو « الفكرة الجديدة للقوة القاهرة» La notion nouvelle de force majeure مقارنة "بالفكرة التقليدية للقوة القاهرة " La notion traditionnelle [٢]. ويطلق البعض على هذه الفكرة : المفهوم الاتفاقي للقوة القاهرة La définition conventionelle، بالمقارنة "بالمفهوم القانوني لها" La définition légale [٣].

٢١٦- ثانيا : دور إعادة التفاوض في اقتراب القوة القاهرة من « شرط إعادة التفاوض» Hardship :

أوضحنا سابقاً [٤] أن القوة القاهرة التقليدية تختلف عن « شرط إعادة التفاوض » في النتائج المترتبة على كل منهما. فبينما تؤدي القوة القاهرة إلى فسخ العقد وانتفاء مسئولية المدين، فإن شرط إعادة التفاوض يخلق التزاماً على الأطراف بإعادة التفاوض في العقد. ويعتبر هذا الفارق هو أهم الفوارق بين الفكرتين، بالإضافة إلى أن الأولى تؤدي إلى استحالة مطلقة في تنفيذ العقد. بينما يترتب على شرط إعادة التفاوض الاختلال بتوازن العقد، فالتنفيذ يظل ممكناً ولكنه يصبح مرهقاً بشكل كبير للأطراف.

هذا الفارق بين الفكرتين، والذي يتأكد وجوده في ظل المفهوم القديم للقوة القاهرة، يختفي في ظل المفهوم الجديد، إذ يؤدي بدوره إلى إعادة التفاوض في أحكام العقد. وبالتالي، نكون قد وصلنا إلى نفس النتيجة التي يرتبها «شرط إعادة التفاوض» Hardship [٥].

ويعبر الفقه عن اقتراب العلاقة بين القوة القاهرة بمفهومها الحديث وشرط

---

(١) انظر في هذا المصطلح،

BARBIERI (J.- J.) , Vers une nouvelle équilibre contractuelle.., op. cit., p. 451 ; KASSIS (A.), Théorie générale des usages du commerce., op. cit., n° 568, p. 359 et 360

(٢) انظر في هذا المصطلح،

ABDUL MUNIM H. (A.), La protection de l'acheteur dans la vente de marchandises., op. cit., n° 611, p. 349 et n° 622, p. 357.

(٣) انظر في ذلك،

OSMAN (F.), Op. cit., p. 160 , 161 et 162.

(٤) انظر سابقاً، بند ٥٣ وما يليه.

(٥) انظر، =

إعادة التفاوض بالنظر إلى النتيجة التي تترتب على كل منهما بتعبيرات مختلفة. فالأستاذ «فونتان» FONTAINE يعبر عن ذلك بقوله "يتفق الأطراف، في الغالب، في شروط القوة القاهرة على إعادة التفاوض في العقد بهدف تعديله. وفي هذه الحالة يمكن أن يندرج شرط القوة القاهرة ضمن طائفة شروط مراجعة العقد »[1].

ويرى الأستاذ «أوبيد» OBEID أن "هناك حالات يكون من المستحيل فيها الفصل أو وضع الحدود بين شرط القوة القاهرة وشرط إعادة التفاوض Hardship ويكون ذلك عندما تتشابه الأحداث التي يواجهها كل منهما، وعندما يؤدى حدث القوة القاهرة بمفهومة الجديد إلى إيجاد حل على أساس إعادة التفاوض بين الأطراف" [2].

ويقول البعض أيضا أن "شرط الظروف الطارئة والذي يسمى غالبا" «شرط إعادة التفاوض» Hardship حل مناسب خلقه الواقع التعاقدى لمواجهة الصعوبات التي يواجهها تنفيذ العقد . ويقترب شرط القوة القاهرة من هذا الشرط من حيث الهدف الأساسى من كل منهما وهو إعادة التفاوض بين الأطراف »[3].

ويعبر الأستاذ KAHN عن مدى التوسع في فكرة القوة القاهرة في مجال عقود التجارة الدولية، وخاصة بالنسبة للنتائج التي ترتبها، واقترابها بهذه النتائج من شرط "إعادة التفاوض في العقد بقوله " بعد انتهاء مدة الوقف، لم يعد الفسخ ينطبق بشكل تلقائى في حالة القوة القاهرة، وإنما يلتزم الأطراف أن يتفاوضوا حول النتائج التي رتبها وقوع الحدث، فالأمر أصبح يتعلق « بشرط إعادة التفاوض Clause de renégociation »[4].

---

(١) انظر في ذلك،
DELAUME (G. R.), Change of circumstances., op. cit., p. 259 et s.

(٢) انظر،
FONTAINE (M.), Op. cit., p. 241.

(٣) راجع في ذلك،
ODEID (G.), Le calcul du prix dans les contrats internationaux., op. cit., p. 257

(٤) انظر، =
ABDUL MUINIM H. (A.), Op. cit., n° 622, p. 357.

وبعد أن أكد وجود الاقتراب بين شرط القوة القاهرة وشرط إعادة التفاوض، أثار الأستاذ OSMAN التساؤل حول ما إذا كان هذا التشابه يعكس خلطاً بين فكرتين قانونيتين مختلفتين، أم يعبر عن حقيقة علاقة قانونية بين مفهوم الفكرتين خلقها الواقع التعاقدى . وخلص هذا الأستاذ إلى أن إرادة الأطراف متجسدة في الشروط التعاقدية خلقت نوعاً من التقارب بين الشرطين، إلا أن هذا التقارب لايعنى في مفهومة تساوي الفكرتين [1].

٢١٧- ثالثا: مصدر إعادة التفاوض في حالة القوة القاهرة بمفهومها الحديث :

تجد إعادة التفاوض مصدرها في حالة القوة القاهرة بمفهومها الحديث في الشروط التعاقدية وبعض قرارات التحكيم التجارى الدولي وإن لم تنص عليها اتفاقات التجارة الدولية. وسوف نبحث على التوالي هذه النقاط الثلاثة.

١- الشروط التعاقدية :

إذا كانت شروط القوة القاهرة لا تصاغ من قبل الأطراف بشكل واحد ، فإن هناك بعض الخصائص العامة التي تتفق فيها هذه الشروط ، ومن أهم هذه الخصائص إعادة التفاوض في شأن العقد[2]. فاقتراب القوة القاهرة من شرط إعادة التفاوض « Hardship يظهر بوضوح عند تحليل شروط القوة القاهرة المنصوص عليها في عقود التجارة الدولية [3].

وتقدم إعادة التفاوض في العقد فائدة كبيرة حيث تسمح بالبقاء على العقد ومتابعة تنفيذه خاصة في حالة نجاح المفاوضات [4].

= KAHN (Ph.), Force majeure., op. cit., p. 482.

(١) انظر،

OSMAN (F.), Op. cit., p. 158 et 159.

(٢) في هذا المعنى،

FONTAINE (M.), Op. cit., p. 235 ; KAHN (Ph.), Op. cit., p. 485.

(٣) انظر في ذلك،

OSMAN (F.), Op. cit., p. 158.

(٤) في هذا المعنى،

LE ROY (D.), Op. cit., p. 707.

تتخذ الشروط التعاقدية التي اتفق فيها الأطراف على إعادة التفاوض في العقد في حالة وقوع حدث القوة القاهرة صوراً عديدة نذكر منها الأمثلة التالية: الشرط الذي ينص على أن « .... سوف يتقابل الأطراف في أقرب مدة ممكنة لفحص الآثار التعاقدية التي سببتها أحداث القوة القاهرة، وبصفة خاصة أثرها على الثمن ومدة التنفيذ ومدى الاستمرار في العقد »[1]، والشرط الذي ينص على أنه « سوف يتقابل البائع والمشترى لمحاولة إيجاد حل يقبلونه »[2]. وقد يأتي اتفاق الأطراف على النحو التالي: « إذا استمرت القوة القاهرة مدة أكثر من شهرين ، فإن المتعاقدين سوف يتفقون على إيجاد حل يواجهون به الأحداث التي وقعت »[3]. أو يتفقون على أن « المتعاقدون سوف يبذلون جهودهم للوصول إلى اتفاق مناسب خلال مدة جديدة قدرها شهر »[4]. وقد يتفق الأطراف على أن « سوف يبحث الأطراف عن حل يتمشى مع مصالحهم المشروعة »[5]، أو أنهم « سوف يتشاورون دون تأخير لمحاولة الوصول إلى حل مناسب للموقف»[6]. ومن أمثلة ذلك أيضاً الشرط الذي ينص على أنه « في حالة عدم استطاعة أى طرف من أطراف هذا العقد أداء التزاماته، باستثناء الالتزامات الواردة في المواد ......، يدخل الأطراف في مناقشات بهدف تعديل شروط العقد للتمكين من أداء أى من هذه الالتزامات بشكل معقول »[7].

---

(١) شرط مشار إليه في.
KAHN (Ph.), Les mercatoria et pratique des contrats internationaux., op. cit., p. 204.

(٢) الملحق رقم (٣)، مشار إليه في.
LE ROY (D.), Op. cit., p. 751.

(٣) شرط مشار إليه في.
BARBIERI (J. - J.), Op. cit., p. 451.

(٤) الملحق رقم (٦)، مشار إليه.
LE ROY (D.), Op. cit., p. 756.

(٥) شرط مشار إليه في.
KAHN (Ph.), Op. cit., p. 204.

(٦) شرط مشار إليه في.
BARBIERI (J. - J.), Op. cit., p. 490.

(٧) المادة ٣/١٣ (القوة القاهرة) من عقد الترخيص باستخدام براءة الاختراع بين شركة فيليب موريس الأمريكية المساهمة، وشركة أى بى سى المصرية ذات المسئولية المحدودة، واردة في، محمود محمد صبره، ترجمة العقود التجارية، بدون ناشر، ١٩٩٧، ص ٢٨٣.

٢١٨- قضاء التحكيم:

لا نقصد هنا قرارات التحكيم التي طبق فيها المحكمون شرطاً تعاقدياً اتفق فيه الأطراف على إعادة التفاوض ، فهذه القرارات لا تثير أية مشكلات؛ إذ تعتبر إعادة التفاوض التي يفرضها قضاء التحكيم في هذه الحالة تطبيقا لإرادة الأطراف. ولكن المقصود بقرارات التحكيم التي تعتبر أساس الالتزام بإعادة التفاوض في حالة القوة القاهرة بمفهومها الحديث، القرارات التي تفرض إعادة التفاوض على الأطراف دون اتفاقهم على ذلك. فهل يملك المحكم حقيقة فرض إعادة التفاوض في حالة القوة القاهرة دون اتفاق الأطراف على تطبيقها ؟

الواقع أن قضاء التحكيم، مثله في ذلك مثل المتعاملين في التجارة الدولية، يميل إلى الحفاظ على العقد و استمرار العلاقات بين الأطراف. وإذا كان الأستاذ KAHN قد كتب في مقالته عن القوة القاهرة وعقود التجارة الدولية عام ١٩٧٥ «لا توجد قرارات تحكيم قضت بإعادة تعديل العقد في حالة وقوع حدث القوة القاهرة» [(١)] ، فإنه قد صدرت قرارات تحكيم بعد هذا التاريخ تساند إعادة تعديل العقد في هذه الحالة.

ونذكر من هذه القرارات، القرار الصادر عام ١٩٨٣ من هيئة التحكيم للمبادلات البحرية في اليابان. وتتلخص وقائع القصية في أن مستأجر سفينة كورياً اتفق مع مجهز سفينة من بنما على نقل شحنة من الفوسفات وتفريغها في ميناء إيرانى. وبعد وصول الشحنة إلى الميناء المتفق علية تأخر مستأجر السفينة الكوري في تفريغ شحنة الفوسفات عن الميعاد المتفق عليه بين الطرفين . طالب مجهز السفينة (المدعى) المستأجر بتعويض عن الأضرار التي أصابته نتيجة هذا التأخير، والمتمثلة في الرسم الذي دفعة نتيجة رسو السفينة في ميناء التفريغ، وعدم إمكانه استغلال السفينة خلال مدة التأخير. دفع المدعى عليه الكوري طلب التعويض بأن التأخير في تفريغ الشحنة لم يكن بسبب خطأ منه، بل يرجع إلى عدم استطاعة العمال تفريغ الشحنة ليلا بسبب الأعمال العدائية التي كانت بين العراق وإيران. وهذه الظروف تتشكل بالنسبة له قوة قاهرة تنتفي بها مسؤليته .

قرر المحكمون في هذه القضية أنه وإن كانت هذه الظروف التي يتمسك بها المدعى عليه تشكل حالة قوة قاهرة، فإن هذا المتعاقد لا يمكنه التهرب كلية من تنفيذ التزاماته

(1)KAHN (Ph.), Force majeure et contrats internationaux., op. cit., p. 485.

ومن نتائج عدم التنفيذ ، فقد كان ملزما بأن يجد مجالاً للتفاهم وتبادل وجهات النظر مع مجهز السفينة ولا يكتفي بالاحتجاج بوقوع حدث القوة القاهرة للتخلص من مسؤليته[1].

وتطبيق آخر لهذه الفكرة نقابله في قرار أكثر حداثة من سابقه هو قرار التحكيم الصادر في القضية رقم ٢٧٦٣ لسنة ١٩٩٠. وتتلخص وقائع هذه القضية [2] في أن الشركة A تعاقدت مع السلطات الليبية في ديسمبر ١٩٧١ لبناء وتجهيز ميناء طرابلس. وتنفيذا لالتزاماتها الناتجة عن العقد. تعاقدت هذه الشركة من الباطن مع الشركة B . وبمقتضى هذا العقد الجديد التزمت الشركة B بإزالة الوحل والقيام بأعمال الحشو على أساس شروط FIDIC. باشرت الشركة B عملها، ولكن أثناء تنفيذ عملها توقفت عن العمل بسبب الانفجارات المتعددة التي حدثت في اسفل الميناء والتي يعزو سببها إلى وجود الغام يرجع عمرها إلى الحرب العالمية الثانية. تبادلت الشركتان الإخطارات ووجهات النظر فيما يتعلق بفسخ العقد، وقدمت الشركة B إلى غرفة التجارة الدولية طلب تحكيم للمطالبة باستحقاقاتها عن الأعمال التي نفذتها، وبانتفاء مسؤليتها عن عدم استكمال الأعمال بسبب حدث القوة القاهرة المتمثل في الانفجارات .

أجاب المحكمون طلب الشركة B بالقبول ، وأشادت هيئة التحكيم بموقف هذه الشركة عندما واجهتها الصعوبات التي تشكل قوة قاهرة؛ إذ تبادلت المراسلات مع الشركة A وأبدت رأيها في ضرورة إسناد مهمة إزالة الألغام من الموقع إلى شركة متخصصة يمكنها أن تقوم بذلك في مدة معقولة. ولذا فإنه على الرغم من اعتراف هيئة التحكيم بأن الظروف التي واجهتها هذه الشركة تشكل قوة قاهرة، إلا أن المحكمين سلطوا الضوء على سلوك هذه الشركة تجاه حدث القوة القاهرة ، وأكدوا أنها لم ترتكب أى مخالفة لحسن النية. ولم تكتف بمجرد الدفع بالقوة القاهرة لنفي مسؤليتها [3].

ونفس الأمر نقابله في القضية رقم ٦١٢٩ لسنة ١٩٩٠ . ويتعلق الأمر في هذه القضية

---

(١) انظر،

Cour d'arbitrage des échanges maritimes du Japon, 8 Juillet 1983, Yearbook, 1986, vol. XI, pp. 193 - 195.

(٢) انظر في هذه الوقائع،

Collection of ICC Arbitration Awards, 1985 - 1990, Case No 2763, 25 juin 1990, pp. 157-159.

(٣) انظر بصفة خاصة، ص ١٥٩ من القرار. وانظر أيضاً القرار الصادر في القضية رقم ٢٢٩١ لسنة ١٩٧٥،=

بطلب قدمه الدائن (إحدى الدول الأجنبية) بالتعويض عن عدم تنفيذ المدين (إحدى الدول الأفريقية) التزامه بدفع المبالغ المالية المدين بها. وأمام هيئة التحكيم احتج المدين بالظروف المالية الصعبة التي يمر بها، وأنه دعا الدائن إلى المشاركة في اجتماع الدائنين الذي دعا إليه بهدف إعادة تقسيم هذا الدين وديون أخرى عليه ولكنه رفض. وقد ردت الهيئة على طلب التعويض من جانب الدائن وعلى موقفه في اللجوء إلى التحكيم وعدم استجابته لطلب المدين بالحضور إلى اجتماع مجموعة الدائنين بقولها « إن المبادئ العامة للقانون وكذلك التنفيذ الأمين للعقد يفرضان على الأطراف، عندما يصطدم تنفيذ العقد باستحالة أو بصعوبات كبيرة، أن يتشاوروا وأن يبحثوا بشكل فعال عن وسيلة مناسبة لتخطي هذه الصعوبات »[1]. واعتبرت المحكمة أن سلوك الدائن يشكل خطأً يستوجب تخفيض التعويض المستحق

٣- موقف اتفاقيات التجارة الدولية من إعادة التفاوض بشأن العقد بسبب القوة القاهرة

لا تنص غالبية اتفاقيات التجارة الدولية ولا الشروط العامة و النموذجية المتعلقة بالتجارة الدولية على إعادة التفاوض في العقد بسبب حدث القوة القاهرة. وإذا كانت بعض الاتفاقيات، كاتفاقية الأمم للبيع الدولي للبضائع (فيينا ١٩٨٠) تنص على بعض أوجه المرونة في مفهوم القوة القاهرة في المادة ٧٩ منها، فهذه المرونة تتعلق بالأحرى بشروط تطبيق هذه الفكرة وليس بالنتائج المترتبة عليها. فمازالت هذه النتائج هى نفسها التي ترتبها القوة القاهرة بمفهومها القديم والمتمثلة في انتفاء مسئولية المدين عن عدم تنفيذ التزامه وفسخ العقد.

والواقع أن خلو هذه الاتفاقيات والشروط العامة والنموذجية من الإشارة إلى إعادة التفاوض في العقد في حالة وقوع القوة القاهرة إنما يرجع في المقام الأول إلى أن واضعى هذه الاتفاقيات والشروط العامة قد وجدوا صعوبة في وضع نصوص موحدة تطبقها كل الدول، على اختلاف أنظمتها القانونية في مسألة أسباب عدم التنفيذ ونتائجه، يمكن تبنيها في مختلف الفروض والحالات. ولهذا آثروا النص على النتائج العامة التي يرتبها

=المجموعة الأولى من القرارات، ص ٢٧٤، تعليق الأستاذ DERAINS (Y.).

(١) قرار تحكيم غرفة التجارة الدولية، القضية رقم ٦١٢٩ لسنة ١٩٩٠، وارد في ،
JDI, 1990, p. 1047, obs., DERAINS (Y.).

حدث القوة القاهرة و ترك الحرية للأطراف ليتبنوا ما يشاءون من الحلول المناسبة التي تتناسب وظروف عقدهم.

وتطبيقاً لذلك قد نص الشرط النموذجى للقوة القاهرة والظروف الطارئة الذي أعدته غرفة التجارة الدولية عام ١٩٨٥ فيما يتعلق بالاقتراحات المتعلقة بالظروف الطارئة على أنه يجوز للطرف المضرور من تغير الظروف أن يطلب إعادة التفاوض في العقد. فالاقتراح لم يجعل إعادة التفاوض في شأن العقد حتى في حالة الظروف الطارئة إجبارية بل جعلها جوازيه للأطراف [١].

(١) انظر، الفقرة (٣) من هذه الاقتراحات، ص ١٩ انظر أيضاً التعليق عليها الفقرة رقم (٥) ص ٢٣.

الفرع الأول
القواعد التي تحكم إعادة التفاوض

٢٢١- لا توجد قواعد قانونية خاصة يمكن أن تنطبق على فترة المفاوضات. فهذه الفترة مثلها مثل غيرها، يحكمها مبدأ سلطان الإرادة. فمن النادر أن ينظم القانون مرحلة إعادة التفاوض في العقد بسبب القوة القاهرة أو شرط» إعادة التفاوض« Hardship. فالتنظيم الاتفاقي هو الذي يحكم هذه الفترة (١).

غير أن مبدأ سلطان الإرادة هنا في مجال إعادة التفاوض ترد عليه قيود شكلية وأخرى موضوعية. فمن حيث الشكل يجب أن يحترم الأطراف شكليات معينة تتعلق بالمدة التي يجب أن يقبل فيها كل متعاقد الدخول في المفاوضات، وبالطريقة التي يتم فيها هذا القبول. ومن حيث الموضوع يجب أن يحكم تفاوض الأطراف حسن النية وأن تتسم اقتراحاتهم أثناء المفاوضات بالمنطقية والعدالة، وألا تنم عن اتجاه المتعاقد إلى تحقيق أكبر فائدة له وتحميل المتعاقد الآخر بخسائر فادحة.

وعلى هذا ينقسم هذا الفرع إلى مبحثين، نعالج في الأول القواعد الشكلية التي تحكم إعادة التفاوض، ونبين في الثاني كيف يسيطر حسن النية على هذه المفاوضات.

---

(١) راجع في ذلك،
SCHMIDIT (J.), La négociation du contrat international., op. cit., p. 244.

المبحث الأول
القواعد الشكلية التي تحكم إعادة التفاوض

٢٢٢- موضوع إعادة التفاوض هو مراجعة العقد أو أحد عناصره في الحدود المتفق عليها بين الأطراف[1]. وعند إعادة التفاوض بهدف تعديل أحكام العقد يجب أن يحدد الأطراف بوضوح جزء العقد الذي تأثر بتغير الظروف، ودرجة هذا التأثر، والأداء الذي يجب تعديله استجابة لهذا التغير، ودرجة هذا التعديل. وهذا كله يمثل الأساس الذي تدور حوله المفاوضات بين الأطراف.

والأصل ألا تخضع المفاوضات بين الأطراف لرسميات أو شكليات معينة. فالشروط التعاقدية التي نظم فيها الأطراف عملية التفاوض تركز بصفة أساسية على مضمون إعادة التفاوض و نتيجة هذه المفاوضات، ولا تلقى الضوء، إلا في القليل منها، عن الشكل الواجب اتباعه عند البدء في هذه المفاوضات.

ولا تخفى أهمية الإجراءات الشكلية من الناحية العملية، لما قد يثيره تخلفها من منازعات بين الأطراف، كما أن عدم احترمها قد يترتب عليه عدم بدء المفاوضات من الأصل، خاصة إذا كان بين المتعاقدين من هو سيئ النية يجيد فن المماطلة، والتهرب من الالتزامات.

والمسائل الشكلية التي يمكن أن تكون محل خلاف في عملية التفاوض هى المتعلقة بالمدة التي يلزم أن يجيب فيها المتعاقد على طلب المتعاقد الآخر على إعادة التفاوض، والشكل الذي يجب أن تتخذه هذه الإجابة، وهذا ما يمكن إجماله في شروط قبول إعادة

(١) انظر في ذلك ،

ROUHETTE (G.), Révision conventonnelle du contrat, RTD. civ., 1986, p. 403.

التفاوض. وأيضاً المعيار الذي يحكم قدر التعديل.

وعلى هذا يمكن تقسيم هذا المبحث إلى المطلبين التاليين:

المطلب الأول: قبول إعادة التفاوض

المطلب الثاني: المعايير التي تتم على أساسها عملية التفاوض

المطلب الأول
قبول إعادة التفاوض

٢٢٣- تنص شروط القوة القاهرة أو شروط « إعادة التفاوض » Hardship بصفة عامة على أن المتعاقد المضرور من تغير الظروف ، باعتباره صاحب المصلحة الأولى في مراجعة العقد ، يجب أن يخطر المتعاقد الآخر في أقرب وقت ممكن عن وقوع الأحداث التي أدت إلى التغير، ونطاق التغيرات التي حدثت، والوسائل التي يمكن أن تكون علاجاً لهذا الموقف.

وإذا تم هذا الإخطار نكون أمام فرضين: إما أن يرفض المتعاقد الآخر الدخول في عملية التفاوض سواء أكان رفضه مبرراً أو غير مبرر، أو أن يقبل مبدأ التفاوض في العقد.

وقد عالجنا سابقاً المشكلة الأولى الناتجة من رفض المتعاقد الدخول في التفاوض [1]، ويبقى أن نعالج هنا الفرض الثاني الذي يقبل فيه المتعاقد التفاوض من حيث المدة التي يجب أن يتم فيها هذا القبول، والشكل الذي يجب أن يتخذه هذا القبول.

٢٢٤- أولاً : مدة القبول :

يكتسب رد المتعاقد على طلب المتعاقد الآخر بالدخول في التفاوض أهمية كبيرة، والأكثر أهمية في هذا الصدد هي المدة التي يجب أن يتم فيها هذا القبول. وتتأتى أهمية هذه المدة في عاملين:

يتمثل العامل الأول في الظروف المحيطة بعملية إعادة التفاوض. فإعادة التفاوض جاءت لتفادي الظروف الاستثنائية المتمثلة في التغيرات التي حدثت في الظروف المحيطة بالعقد، ولإيجاد حل مناسب لاستمرار تنفيذه. وتتصف هذه الظروف دائماً بالخطورة و ترتيب النتائج الضارة على المتعاقدين أو على أحدهما على الأقل. ودرءاً لهذه الآثار الضارة، يجب على المتعاقد أن يجيب طلب الطرف الآخر في أسرع وقت ممكن. فالتباطؤ في الرد قد يؤدي إلى تفاقم الأضرار [2].

---

(١) راجع الباب الأول، الفصل الأول، خاصة بند ٤٨ وما يليه.

(٢) في هذا المعنى،

CABAS (F.), Op. cit., p. 94.

أما العامل الثاني فيرتبط بطبيعة عقود التجارة الدولية من حيث كونها عقوداً تتسم بضخامتها، وأهميتها الكبيرة بالنسبة لعاقديها ودولهم. فتنفيذاً لهذه العقود يدخل الأطراف في علاقات كثيرة ومتشابكة مع متعاقدين آخرين، والتأخير في الدخول في المفاوضات لتفادي عقبات التنفيذ سيترتب عليه سلسلة من الأضرار يتحملها كل المتعاملين مع المشروع الأصلي. ونظراً لأهمية التنفيذ في الميعاد المتفق عليه في هذه العقود، يجب أن تكون إجابة المتعاقد لطلب إعادة التفاوض في شأن العقد في أقرب وقت ممكن [١].

والواقع أنه على الرغم من أهمية السرعة في إجابة المتعاقد على طلب إعادة التفاوض، فمن النادر أن يهتم الأطراف بتحديد مدة معينة يلتزمون فيها بإعطاء إجاباتهم.

ومع ذلك يكشف لنا فحص الشروط التعاقدية القليلة التي اهتم فيها الأطراف بهذه المسالة عن أن الأطراف قد يحددون هذه المدة بطريقتين: فقد يحددونها بشكل صريح باتفاقهم على أن « ... يجب على المتعاقد أن يوضح إجابته في مدة قصيرة،... ... » [٢]. وقد يحدد الأطراف هذه المدة بشكل ضمني، ويتم ذلك عندما يتفق الأطراف على أنهم سوف يتقابلون في أقرب مدة لدراسة التغيرات التي حدثت في توازن العقد بغرض الوصول إلى اتفاق. فتحديد الأطراف لمدة معينة يتقابلون خلالها لإيجاد اتفاق مشترك، يعني ضمنياً أن إجابة المتعاقدين على الدخول في التفاوض يجب أن تتم في هذه المدة. فلا يتصور تقابل بين الأطراف دون أن يكونوا قد حددوا مسبقاً قبولهم مبدأ التفاوض. ومن أمثلة هذا النوع من الشروط، الشرط الذي ينص على أنه « في حالة التعديلات الهامة التي يمكن أن تؤدى إلى اختلال كبير في سعر تحويل العملات التي أشار الأطراف إليها في عقدهم ، فإنهم يتقبلون دراسة هذه التعديلات في أقرب وقت .... » [٣]. ومن ذلك أيضاً الشرط الذي ينص على أنه «إذا لم يستطع رب العمل أو المقاول أن ينفذا التزاماتهما كما هي منصوص عليها في العقد أثناء مدة ستة شهور، فإن

---

(١) في هذا المعنى، Ibid.

(٢) شرط مشار إليه في، Ibid.

(٣) شرط رقم (٥) مشار إليه في، PHILIPPE (D.), Op. cit., p. 246.=

وانظر أيضاً الشرط رقم (١٠)، مشار إليه في ص ٢٥٠.

الأطراف سوف يتقابلون في أقرب مدة ممكنة لفحص الآثار التعاقدية التي نتجت عن هذه الأحداث . . . »[1].

والغالب في تحديد هذه المدة هو التحديد الضمني لها لا التحديد الصريح. فالأطراف لا يلتزمون الدقة في تنظيم شروط القوة القاهرة أو شروط إعادة التفاوض لدرجة تنظيم كافة المسائل الفرعية والنقاط الصغيرة التي تحتوى عليها هذه الشروط. وقد ترجع عدم الدقة هذه إلى عدم دراية وخبرة من جانبهم لكافة المسائل التي يجب الاتفاق عليها، وقد ترجع إلى تركهم هذه المسائل التفصيلية إلى حكم القواعد العامة. وأياً كان الأمر يجب أن تتم إجابة المتعاقد على طلب الدخول في التفاوض في أسرع وقت ممكن تمشياً مع الموقف الاستثنائي الذي يتواجد فيه الأطراف.

٢٢٥- ثانياً : شكل القبول :

يرى بعض الفقه أن الشكل الأساسي الذي يتم به القبول يكون بخطاب مسجل بعلم الوصول[2].

بيد أن الأمر يتوقف، من وجهه نظرنا، على مدى العلاقة بين المتعاقدين. فإذا كان الأطراف يرتبطون بعلاقات حسنة منذ فترة طويلة لا يشوبها التوتر وعدم الثقة والمنازعات المستمرة فيكفي في هذه الحالة مجرد خطاب عادى أو اتصال تليفوني، خاصة إذا كان هؤلاء المتعاقدون ينتمون إلى وسط مهني واحد. والأمر على خلاف ذلك إذا كانت هذه العلاقات حديثة أو مضطربة تسودها الخلافات، ففي هذا الفرض سوف يحرص الأطراف على تحديد الشكل الذي يجب أن يتخذه قبول أحدهما التفاوض مع الآخر.

أما إذا لم يتفق الأطراف على شكل معين، فنميل إلى القول بأنه يجب أن يكون هذا القبول بخطاب مسجل بعلم الوصول لضان الجدية في وصوله والسهولة في إثباته.

وتدق المشكلة إذا ما لزم المتعاقد السكوت ولم يرد لا بالموافقة ولا بالرفض على دعوة المتعاقد الآخر. فهل يمكن أن يعتبر هذا السكوت قبولاً أم يحتاج القبول لتعبير صريح به،

---

(١) شرط مشار إليه في.

LE ROY (D.), Op. cit., p. 753.

(٢) راجع،

CABAS (F.), Op. cit., p. 95.

ويعتبر السكوت في هذه الحالة رفضاً ؟ [1].

يتجه رأى في الفقه – وبحق- إلى أن هذا السكوت يعد قبولاً لا رفضاً. ويستند هذا الرأى إلى نوعين من الحجج لتأييد رأيهم : حجج قانونية وأخرى منطقية

وتتمثل الحجج القانونية في أن شرط القوة القاهرة أو شرط إعادة التفاوض Hardship يفترضان تواجد إرادة ضمنية متبادلة من جانب المتعاقدين بإعادة التفاوض في حالة اختلال توازن العلاقات التعاقدية. فإذا اعتبرنا أن طلب المضرور بإعادة التفاوض إيجاباً مقدماً منه، فإن هذه الإرادة الضمنية المتبادلة تحتم علينا فهم هذا السكوت على أنه قبول. فالأصل أن يقبل المتعاقدون الدخول في التفاوض ما لم يعبروا صراحة عن رفضهم التفاوض [2]. هذا بالإضافة إلى أنه مادامت هناك معاملات جارية ومتشابكة بين الأطراف ، فإن القضاء يميل إلى اعتبار سكوت الأطراف قبولاً لا رفضاً [3].

أما الحجج المنطقية فتبنى على أن شروط القوة القاهرة أو «شروط إعادة

---

(١) لا يعتبر السكوت وفقاً لأحكام القانون المدني تعبيراً عن الإيجاب؛ لأن الإيجاب عرض والعرض لا يمكن أن يتم إلا بشكل إيجابى. **والأصل** أن السكوت **ليس** له أيضاً دور في القبول، فلا ينسب لساكت قول. ويبرر البعض هذا بأنه إذا سكت الموجب له. وكان هذا السكوت مجرداً من أى ظرف، لا يمكن اعتباره قبولاً لأنه قد لا يريد أن يكلف نفسه عناء الرفض، و إذا ألزمناه بالرد، فيكون في هذا عناء وحرج شديد للناس. د. توفيق حسن فرج، النظرية العامة لالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، ١٩٧٨، بدون ناشر، ص ٦٧.

واستثناءً من هذا الأصل يعتبر السكوت قبولاً إذا كان موصوفاً أو ملابساً وفقاً لأحكام المادة ٩٨ / ١و٢ مدني. انظر في تفصيل ذلك، د. عبد المنعم البدراوى ، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، الجزء الأول ، مصادر الالتزام، ١٩٨٥، بند ١٢٦، ص ١٧٦ وما يليها: د. محسن عبد الحميد البيه، المرجع السابق، بند ٣٨، ص ٧١.

(٢) انظر في ذلك،

Op. cit., p. 96.

(٣) انظر على سبل المثال،

Cass. civ., 14 février 1942, cité par, CABAS (F.), Op. cit., p. 96.

مشار إليه في،

LE ROY (D.), Op. cit., p. 753.

يعتبر فقهاء القانون المدني هذا السكوت سكوتاً ملابساً. ويعتبرونه قبولاً لا رفضاً. ويعرفونه بأنه السكوت الذي تحيط به ملابسات ترجح اعتباره قبولاً لا رفضاً. ويعتبرون أن وجود تعامل سابق بين الطرفين دليلاً على وجود هذا السكوت. د. عبد الرزاق السنهورى، الوسيط، الجزء الأول، بند ١١٣، ص ٢٢٤ ؛ د. محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، المصادر الإرادية، بند ٧٩، ص ١٢٧؛ د. فتحى عبد الرحيم عبد الله، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، الجزء الأول، العقد والإرادة المنفردة، الطبعة الثانية، مكتبة الجلاء بالمنصورة، ١٩٩٨ – ١٩٩٩ ، بند ٤٧، ص ٦٧.=

التفاوض» تضع التزاماً على عاتق الأطراف بالتفاوض، وهو التزام بتحقيق نتيجة يلزمهم بالجلوس إلى مائدة التفاوض، والمتعاقد الذي يرفض تنفيذ هذا الالتزام يعتبر مرتكباً لخطأ تعاقدي يوجب مسئوليته. ومن ثم فهى لا تعطى الخيار في قبول أو رفض التفاوض. ومادام أن الأطراف مجبرون على التفاوض في كل عناصر العقد أو بعضها في روح من المشاورة المتبادلة بمجرد إخطار بسيط دون الحاجة إلى مجادلة بالكتابة [1]، فإن سكوتهم في هذه الحالة لا يمكن أن يفهم إلا بمعنى القبول [2].

= بيد أن هذا لا يعني بالضرورة القول بأن وجود معاملات جارية بين الأطراف يجب أن يفهم على أن سكوت أحدهما يعد قبولاً في كل الحالات، وإنما يختلف الأمر حسب كل حالة على حدة. ولذا فإن القاضى قد ينتهى إلى اعتبار السكوت رفضاً رغم وجود التعامل السابق بين الأطراف. انظر في ذلك، د. محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، المرجع السابق، بند ٨٢، ص ١٣٠.

(١) انظر،

LE ROY (D.), Op. cit., p. 753.

(٢) ويسمى هذا السكوت « السكوت الموصوف » ويعتبر قبولاً. ويتحقق هذا السكوت لو التزم المتعاقد الموجب له السكوت مع أن القانون أو الاتفاق يوجب عليه اتخاذ موقف إيجابي في حالة الرفض، فسكوته مع وجود هذا الالتزام يعد سكوتاً موصوفاً، ويكون في هذه الحالة قبولاً لا رفضاً.

المطلب الثاني
المعايير التي تتم على أساسها إعادة التفاوض

٢٢٦- عندما يجلس الأطراف إلى مائدة التفاوض يجب أن يتجه مقصدهم إلى تحقيق هدف معين. هل يقصدون من التعديل إعادة التوازن الأساسي للعقد الذي اختل بسبب تغير الظروف، بغض النظر عن الأضرار الشخصية التي أصابت أحدهما من جراء هذا التغير، أم أنهم يهدفون إلى رفع الضرر الفادح الذي تسبب فيه تغير الظروف حتى ولو لم تؤد إلى اختلال بتوازن العقد، أم أنهم يقصدون إلى الأمرين معاً: رفع الضرر الذي قد أصاب أحدهم وإعادة توازن العقد. هذا ما نقصده بقولنا المعايير التي تتم على أساسها إعادة التفاوض.

وأياً كانت دقة صياغة شرط القوة القاهرة أو شرط « إعادة التفاوض »، فإنه من النادر أن يتفق الأطراف صراحة على اختيار معيار معين تتم على أساسه مراجعة العقد. فغالبية الشروط التعاقدية لا تولي هذه المسألة أهمية كبيرة، وتكتفي بالنص على إعادة التفاوض.

وبصفة عامة يمكن إجمال هذه المعايير في ثلاثة، المعيار الموضوعي، المعيار الشخصي، والمعيار المختلط.

٢٢٧- أولاً : المعيار الموضوعي :

يشير هذا المعيار إلى الموقف التعاقدي الذي كان موجوداً وقت إبرام العقد وقبل اختلال التوازن العقدي. فإعادة التفاوض يجب أن تؤدي، وفقاً لهذا المعيار، إلى إعادة التوازن الأساسي لأداءات المتعاقدين إلى الحال الذي كان قائماً وقت إبرام العقد أو إلى توازن شبيه له [١].

ولا يهتم الأطراف، وفقاً لهذا المعيار، بالموقف الشخصي لأحدهم . فالأضرار التي يتحملها أي منهم ليست محل اعتبار في عملية إعادة تعديل العقد ؛ فالأطراف « يعدون المراجعة على أساس حسابي بحت. ويأخذون في اعتبارهم أجزاء العقد التي تأثرت،

---

(١) في هذا المعنى،

CABAS (F.), Op. cit., p. 96 ; FONTAINE (M.), Op. cit., p. 268.

ويقومون بإعادة تقييم لكل العناصر الموضوعية للعقد لكي يصلوا إلى التوازن التعاقدي الأصلي »[1].

ومن أمثلة هذا المعيار في اتفاقات الأطراف، الشرط الذي ينص على أنه يجب أن يتم التعديل «بطريقة تضع الأطراف في وضع متوازن بالمقارنة بالوضع الذي كان موجوداً وقت إبرام العقد الحالي»[2]. وكذلك الشرط الذي ينص على أنه «في حالة وقوع أحداث غير متوقعة يكون من تأثيرها قلب الأسس الاقتصادية للاتفاق الحالي يتفق الأطراف على عودة تلك الأسس التي كانت موجودة وقت إبرام العقد . . .»[3].

٢٢٨- تقييم المعيار الموضوعي :

يشير بعض الفقه إلى المزية الأساسية التي يتصف بها هذا المعيار وهو أنه يقدم أكبر قدر من الثبات القانوني للمعاملات بالمقارنة بالمعيار الشخصي غير المحدد. فالمعيار الموضوعي يشير إلى عناصر موضوعية مثل مستوى الأثمان ، التكلفة، التوازن الأساسي للعقد، توازن الأداءات، ولا يشير إلى بعض المفاهيم غير المحددة التي يتغير مفهومها من عقد إلى آخر كالعدالة التي يشير إليها المعيار الشخصي[4].

وقد ساند بعض فقهاء التجارة الدولية اللجوء إلى المعيار الموضوعي في إعادة التوازن التعاقدي (٥).

وعلى الرغم من مميزات هذا المعيار إلا أن بعض الفقهاء يرى أنه معيار متشدد، وقد

---

(١) انظر،

CABAS (F.), OP. cit., p. 96.

(٢) شرط مشار إليه، Ibid.

(٣) شرط مشار إليه في،

FONTAINE (M.), Op. cit., p. 269.

وانظر أيضاً الشرط رقم ٦، ١٤، ١٥ في،

PHILIPPE (D.), Op. cit., p. 246 , 252 et 253.

(4)CABAS(F.), Op. cit., p. 112.

(٥) انظر على سبيل المثال،

FONTAINE (M.), Op. *cit.*, p. 269; WALDE (T.), *Stabilité du contrat, Réglement des litiges et renégociation, mécanismes en faveur d'une communauté d'intêrets dans la coopera-tion intertionale pour le developpement des ressources minerales,* Rev. arb., 1981, p. 219.

يؤدي إلى بعض النتائج الضارة على المستوى الشخصي للمتعاقدين، حتى ولو استطاع أن يعيد التوازن الموضوعي للعقد. فإعادة توازن العقد لا تعني رفع كل الضرر الذي قد يقع على عاتق الأطراف [١].

٢٢٩- ثانياً : المعيار الشخصي والمعيار المختلط:

لا يهتم المعيار الشخصي بإقامة إعادة توازن على أساس عناصر موضوعية محددة، ولكنه يأخذ في الاعتبار مجموعة الظروف التي تحيط بالمتعاقدين عند إعادة التعديل مثل التغير الاقتصادي الجديد ، موقف الأطراف، مدى حاجة الأطراف للعقد، قدر الضرر الذي تحمله أحد المتعاقدين وخاصة المتعاقد المضرور من تغير الظروف، مقدار الاستفادة التي حصل عليها الطرف الأخر. وبمعنى آخر فهو يهتم بعدالة الأداءات بين التزامات المتعاقدين، ويهتم بالخسارة والمكسب التي يحصل عليها كل متعاقد نتيجة التغير في الظروف الخارجية [٢].

والصياغات التي يستخدمها الأطراف في هذا الصدد تعكس اهتمامهم بالروح التي يجب أن تتم خلالها عملية إعادة التفاوض ، والعدالة التي يجب أن تسود بين أداءاتهم والتي تقتضي أخذ الظروف الشخصية لكل منهم في الاعتبار. ومثال ذلك الشرط الذي ينص على أنه «يجب أن تتم المفاوضات بشكل عادل، وفي روح من الموضوعية والأمانة التي تعتبر الأساس في العلاقات التي تربط بين الأطراف وبشكل يأخذ في اعتباره الأضرار التي أصابت المدين» [٣]. والشرط الذي يصف سريان المفاوضات بأنها تسرى في « روح من التفاهم والعدالة [٤]. و كذلك الشرط الذي ينص على أن « يجب أن تكون المراجعة مناسبة وعادلة وفقاً لظروف المتعاقدين» [٥]. وكذلك الشرط الذي يمنع استغلال أحد

---

(١) انظر،

CABAS (F.), Op. cit., p. 113.

(٢) راجع،

Op. cit., p. 111.

(٣) شرط مشار إليه،

FONTAINE (M.), Ibid.

(٤) شرط مشار إليه في،

Ibid.

(٥) شرط مشار إليه في،=

المتعاقدين للموقف والاستفادة منه وذلك بالنص على أن تتم المراجعة بهدف « ألا يجنى أحد الأطراف مكسباً أو فائدة من الطرف الآخر نتيجة هذا الموقف الجديد الذي نشأ»[1].

ويقصد بالعدالة هنا العدالة في توزيع الخسائر والمكاسب التي يحصل عليها كل متعاقد، فهى عدالة شخصية وليست موضوعية. وتطبيقها عند إعادة التفاوض تعني تعويض الطرف الذي يتحمل خسائر أكثر من الآخر من جراء تغير ظروف العقد، حتى ولو كان قدر الخسائر التي يتحملها لا يترتب عليها قلب توازن العقد كلية.

٢٣٠- أما المعيار المختلط ، فهو يشير إلى المعيارين الموضوعي والشخصي معاً. فهو يشير، من ناحية، إلى التوازن الأساسي للعقد وتوازن الأداءات، ويشير في نفس الوقت، من ناحية أخرى، إلى العدالة في توزيع الخسائر والمكاسب التي يتحملها كل طرف.

ومن أمثلة الشروط التعاقدية التي أخذت بهذا المعيار الشرط الذي ينص على أنه « في حالة وقوع أحداث غير متوقعة يكون من أثرها تغير الأساس الاقتصادي للصفقة الحالية مسببة ضرراً لأحد الأطراف ، فإنه و بنفس الروح التي كانت موجودة وقت إبرام العقد ، يضع الأطراف اتفاقاً حول تعديل وقت التنفيذ ... بطريقة تعيد الأطراف إلى وضع متوازن بالمقارنة بالوضع الذي كان موجوداً وقت إبرام العقد وبشكل يرفع الضرر عن المدين »[2]. والشرط الذي ينص على أنه « بنفس روح حسن النية التي كانت موجودة وقت إبرام الاتفاق الحالى ... يتم تعديل العقد بطريقة تضع الأطراف في نفس وضع التوازن بالمقارنة بالموقف الذي كان موجوداً وقت إبرام العقد الحالي وبشكل يرفع الضرر الفادح عن الأطراف »[3].

---

(١) شرط مشار إليه في،

PHILIPPE (D.), Op. cit., 248.

وانظر أيضاً الشرط رقم (٥)، المشار إليه في،

CABAS (F.), Op. cit., p. 113.

(٢) الشرط رقم ١٤، مشار إليه في،

PHILIPPE (D.), Op. cit., p. 246.

(٣) شرط مشار إليه في،

Op. cit., p. 252.

CABAS (F.), Op. cit., p., 111.

ومن هذه الشروط أيضاً، نص المادة ١/١٩ من الترخيص الصادر لوزير البترول في التعاقد مع الهيئة المصرية العامة للبترول وشركة أيوك كو إنك وهيئة التمويل الدولية في شأن البحث عن الغاز واستغلاله في منطقة مليحة =

٢٣١- تقدير المعيارين الشخصي والمختلط :

أهم الانتقادات التي وجهت إلى المعيار الشخصي هو استناده إلى فكرة العدالة، وهى فكرة مرنة، غير محددة، كما أن تقديرها يختلف من عقد لآخر ومن متعاقد لآخر. فسبغ العلاقات بصبغة أخلاقية يسمح بكل أنواع التقديرات. ويترتب على ذلك أن الأخذ بها كمعيار يؤدي إلى فقد الأمان القانوني الواجب توافره في العلاقات بين الأطراف [١].

وعلى الرغم من النقد الموجه إلى هذا المعيار، فإنه لا يخلو من المميزات، بل يصفه البعض بأنه « الأساس المعتاد Standard habituel للعلاقات بين الأطراف » [٢]. فرجال الأعمال والمتمرسون في التجارة الدولية لديهم حساسية كبيرة تجاه الصبغة الأخلاقية في تعاملاتهم ، و أفكار حسن النية والأمانة والعدالة تجد لها معاني محددة لديهم [٣]. ومن الممكن تحديد المقصود بالعدالة كمعيار شخصى في مضمون الشرط التعاقدي، أو في ديباجته كباقي شروط العقد. ويمكن بذلك تفادي الصعوبات الكبيرة التي يثيرها مفهوم العدالة [٤].

ويدعم أصحاب هذا الرأى وجهة نظرهم بقولهم أنه عندما تتغير الظروف التي كانت موجودة وقت إبرام العقد، ولا يكون الحدث المسبب لهذا التغير معلوماً وقت إبرام العقد، لا من حيث أسبابه ولا من حيث نتائجه. فتقدير الظروف الشخصية للمتعاقدين ومراعاة العدالة بين التزاماتهم عند تعديل أحكام العقد تعديلاً كلياً يلائم التغيرات الجديدة في

= (حفر عميق) بالصحراء الغربية، وارد في الجريدة الرسمية، العدد ١٨ تابع (ج)، ٩ مايو ١٩٩٦، ص ١٤٤. وأنظر أيضاً، الشرط رقم ١٨ من الترخيص الصادر في شأن البحث عن البترول واستغلاله في منطقة السلوم، الجريدة الرسمية، العدد ١٨ تابع (ب)، ٩ مايو ١٩٩٦، ص ١١٨.

(١) انظر،
FONTAINE (M.), Op. cit., p. 270 ; CABAS (F.), Op. cit., p. 114.

(٢) انظر،
FONTAINE (M.), Op. cit., p. 270.

(3) CABAS (F.), Op. cit., p.111.

(٤) انظر،
FONTAINE (M.), Op. cit., p. 271.

الظروف يبدو أمر محتماً ومنطقياً. والموقف الجديد الذي أصبح فيه الأطراف يجب أن يكون محل اعتبار، والأضرار التي تحملوها يتعين أن تؤخذ في الحسبان، وإلا لن تكون هذه التعديلات جادة ومفيدة بحيث يستطيعون مواجهة مختلف التغيرات السياسية والاقتصادية والاجتماعية.

وتفادياً للنقد الموجه إلى فكرة العدالة في توزيع الخسائر والأرباح بين المتعاقدين والمفاهيم الشخصية التي يعتمد عليها هذا المعيار، فإن القائلين به ينصحون بتكملته ببعض المفاهيم التي يعتمد عليها المعيار الموضوعي مثل التوازن الأساسى للأداءات التعاقدية، أو الأثمان الجديدة، أو عنصر التكلفة [(١)].

وهذا الخلط بين المعياريين الموضوعي والشخصي أوجد معياراً جديداً هو المعيار المختلط. هذا المعيار يجمع عناصر المعيارين الآخرين معاً، ويتفادى بذلك العيوب الموجهة إليهما. فهو من ناحية يتفادى النتائج الضارة التي قد تنتج عن تطبيق المعيار الموضوعي. فهو يعيد التوازن الأساسي للعقد مع مراعاة ظروف المتعاقدين الشخصية. وهو من ناحية ثانية يتفادى الغموض وعدم التحديد والتنوع في المفهوم الذي تتصف به فكرة العدالة التي يعتمد عليها المعيار الشخصي. ولهذا فهو يأخذ ببعض المعايير الموضوعية التي ترشد الأطراف أو المحكمين أثناء إعادة التفاوض [(٢)]، أو كما يقول بعض الفقه، هذا المعيار يقدر العوامل الشخصية للمتعاقدين كحل احتياطي من الدرجة الثانية لكى يقود إعادة التعديل في الحالات التي تفشل فيها المعايير الموضوعية في تحقيق هذا التعديل بشكل عادل [(٣)].

---

(١) انظر،

FONTAINE (M.), Op. cit., p. 271.

(٢) انظر،

CABAS (F.), Op. cit., p. 115.

(٣) راجع،

FONTAINE (M.), Op. cit., p. 271.

المبحث الثاني
مبدأ حسن النية في إعادة التفاوض

٢٣٢- عندما تتوافر شروط إعادة التفاوض ، يلتزم الأطراف بالجلوس إلى مائدة التفاوض بهدف إيجاد اتفاق مشترك يواجهون به أثر تغير الظروف على تنفيذ عقدهم.

وتنقسم إعادة التفاوض إلى نوعين [١] : إعادة تفاوض مادية، وإعادة تفاوض نفسية أو معنوية. ويقصد بإعادة التفاوض المادية تبادل الأطراف المراسلات والتقابل والمشاركة في المفاوضات. أما إعادة التفاوض النفسية أو المعنوية فيقصد بها أنه إلى جانب الحضور المادي للأطراف يجب أن يكون هدفهم الوصول إلى اتفاق مشترك، بأن يقدم كل منهما اقتراحات جادة يمكن أن يقبلها المتعاقد الآخر، وألا يتعنت أو يتعسف في استخدام حقه في مواجهة الطرف الآخر. وبمعنى أوضح يجب أن يتصرف كل متعاقد وفقاً لحسن النية والأمانة التي يجب أن تسود خلال فترة إعادة التفاوض.

واذا كان البحث عن حسن النية هو بحث في نفسية كل متعاقد؛ أى أنه أمر يتعلق بأمور داخلية تختلف من شخص إلى آخر، فإن هذا لا يعني الانعزال عن الوقائع المادية التي تحيط بالمتعاقدين، ولكنها تعتبر كقرائن تساعد في استخلاص نية هؤلاء المتعاقدين [٢].

وحسن النية في تنفيذ العقود مبدأ معترف به في كل الأنظمة القانونية، بل وتبني عليه هذه الأنظمة مبادئ أخرى كثيرة [٣]. فالقانون الفرنسي يعالج هذا المبدأ في المادة ١١٣٤ مدنى منه حيث تنص الفقرة الثالثة من هذه المادة على أن

---

(١) انظر في هذا التقسيم،

FABRE (R.), Op. cit., p. 19 ; GOLDMAN (B.), La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux., op. cit., p. 475.

الذي يرى أن حسن النية لا يعبر فقط عن حالة نفسية بعلم أو جهل الواقع، ولكنه يشير أيضاً إلى العادات وإلى قاعدة أخلاقية للسلوك.

(٢) د. حسب الرسول الشيخ الفزارى، رسالة سابقة، ص ٦١٢ وما بعدها.

(٣) انظر في ذلك،

GAILARD (E.), Arbitrage commercial international, Sentence arbitrale, Droit applicable au fond de litige, J. - Cl., Dr. int., Fasc., 586 - 901 1991.

« يجب أن تنفذ الاتفاقيات بحسن نية»[1]. هذا بالإضافة إلى أن القضاء الفرنسي يرتب جزاءً على عدم احترام هذا المبدأ استناداً إلى تفسيره لنصوص أخرى بخلاف المادة ١١٣٤ مدنى منه[2].

وهذه الصيغة الضيقة الواردة في القانون الفرنسي التي لا تتضمن فقط إلا تنفيذ اتفاقات الأطراف، لا يأخذ بها القانون المدني السويسري الذي يصيغ المبدأ بصيغة أكثر عمومية في المادة الثانية منه والتي تنص على أن « كل شخص ملتزم بأن يمارس حقوقه والتزاماته وفقاً لقواعد حسن النية. والتعسف الظاهر في الحق لا يحميه القانون »[3].

أما المادة ١١٢٤ من القانون الإيطالي تنص على حسن النية بالشكل الذي تنص عليه المادة ٣/١١٣٤ و ١١٣٥ من القانون المدني الفرنسي[4].

ويطبق قانون الالتزامات الألماني هذا المبدأ بمعناه الواسع. ولذلك نجد المادة ١٥٧ المتعلقة بتفسير العقود ، والمادة ٢٤٢ الخاصة بتنفيذ الالتزامات التعاقدية تنصان على أن يتم تفسير العقود وتنفيذها بالشكل الذي تتطلبه الأمانة والثقة المتبادلة وبما يتفق مع العادات المسموح بها في المعاملات[5].

أما قانون ٥ فبراير ١٩٧٦ والخاص بالعقود الاقتصادية الدولية ، فلا يعالج هذا المبدأ

---

(١) انظر،

VOUIN (R.), Op. cit., p. 49.

(٢) من هذه المواد، المادة ١١٠٢، ١١٠٩، ١١٧٨ ، ١٢٣١ مدني، وانظر في ذلك،

LE ROY (D.), Op. cit., p. 713.

(٣) انظر في ذلك،

VOUIN (R.), Op. cit., p. 49.

(٤) والجدير بالذكر أن هذا القانون يتضمن نصوصاً أخرى عديدة تعالج هذا المبدأ، نذكر منها على سبيل المثال المادة ١٣٦٦، ١٣٧٤، ١٣٧٥ مدنى. وانظر في ذلك،

LE ROY (D.), Op. cit., p. 714.

(٥) انظر في ذلك،

PICOD (Y.), Op. cit., p. 224 ; VOUIN (R.), Op. cit., note 1, p. 49 ; WITZ (C.) et BOPP (T.), " Best efforts ' " Reasonable care" : cosiderations en droit allemande, RD aff. Int., 1988, p. 1029.

ويطبقه القانون الصيني أيضاً في المادة ٤ من القانون المدني، انظر في ذلك،

WANG (Z. H.), Op. cit., p. 95.

في المادة المخصصة للقوة القاهرة. ولكنه عالجه في المادة ٢٩٥ والتي تتعلق بالظروف الطارئة وليس بالقوة القاهرة، إذ تنص هذه المادة على أن « المتعاقد المضرور من الموقف الجديد يمكن أن يقترح على المتعاقد الآخر تعديل العقد وفقاً للتغير في الظروف ». ويتفق الفقه على أن تعديل العقد في هذه الحالة يتم على أساس حسن النية في العلاقات التعاقدية [1].

ويتناول قانوننا المدني هذا المبدأ في فرض تنفيذ العقد في المادة ١/١٤٨ منه والتي تنص على أن « يجب تنفيذ العقد وفقاً لما اشتمل عليه، وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية». و يطبق القضاء المصري بدوره هذا المبدأ بمعناه الواسع ، سواء في القانون العام أو الخاص، أو القانون الداخلي أو الدولي، وسواء أكان هذا القضاء إدارياً أم مدنياً [2]، ويعتبره الفقه مبدأً جوهرياً يهيمن على تنفيذ كل العقود [3].

ويطبقه أيضاً القضاء في النظام الأنجلوسكسوني، راجع في ذلك،

LALIVE (P.), Sur la bonne foi dans l'exécution du contrats., Op. cit., p. 425 et s.

(١) في هذا المعنى.

ENDERLEIN (F.), Op. cit., p. 390 ; LE ROY (D.), Op. cit., p. 714.

وينص القانون التجاري الأمريكي الموحد الصادر عام ١٩٧٨ على احترام حسن النية في المعاملات التجارية، ولذا تنص المادة ٢- ١٠٣ (b) من هذا القانون على أن " يقصد بحسن النية في المعاملات التجارية التزام الصدق والأمانة واتباع العادات التجارية المعقولة ". نصوص هذا القانون واردة في.

Lamy S.A., Contrats internationaux, 1986, Vent, Division 4, Annexe 020 \ 8 - 1- 020 \ 8 - 65.

(٢) انظر في تفصيل ذلك،

EL - SAYED ARAFA (M.), La bonne foi en droit international privé Egyptien, Rapport Egyptien sur la thème " La bonne foi dans les rélations Internationales, Droit international privé, Droit international public ", présenté aux journéés Louisianaises de 18 à 22 mai 1992, organiséés par l Association Henri CAPITANT, Paris, Litec, 1992, p. 532.

وأنظر أيضاً، د. السيد البدوي. حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية في المعاملات المدنية، رسالة، القاهرة، ١٩٨٩. وانظر كذلك في تطبيقات حسن النية في مجال البيع لبرامج الحاسب الآلي، د. عزة محمود أحمد خليل، رسالة، القاهرة، ١٩٩٤، ص. ١٦١ - ١٧٦.

والجدير بالذكر أن هذا المبدأ مطبق في كل النظم القانونية الوطنية، انظر على سبيل المثال، الفقرة ٧، ٩١٤،١٢٩٥ من القانون المدني النمساوي ؛ المادة ٢٨٨ مدنى يوناني ؛ المادة ١٠٧، ١١١ من القانون المدني الجزائري ؛ المادة ١٤٨ مدنى ليبي ؛ مادة ١٤٩ مدنى سوري ؛ مادة ١١٥٠ مدنى عراقي، والمادة ٢٣١ مدنى مغربي.

(٣) د. محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، المرجع السابق، بند ٢٧٩٨، ص ٣٦٣.

ويعتبر مبدأ حسن النية مبدأ معترفاً به أيضاً في علاقات التجارة الدولية [١]، ويعتبره الأستاذ «جولدمان» GOLDMAN "جوهر قانون التجارة الدولية وجزءاً من النظام العام لا يمكن استبعاده" [٢].

وإذا كان حسن النية مبدأً عاماً يهيمن على كل مراحل العقود، تكويناً وتفسيراً و تنفيذاً، وسواء أكان العقد دولياً أم داخلياً، إلا أنه يكتسب صفات خاصة ويتمتع بمفهوم أوسع عندما يتعلق الأمر بمعاملة دولية [٣]، هذا بالإضافة إلى أن له تطبيقات خاصة في فترة إعادة التفاوض بسبب وقوع حدث القوة القاهرة أو الـ Hardship.

وعلى هذا سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول: التعبير عن حسن النية في عقود التجارة الدولية

المطلب الثاني: تطبيقات حسن النية أثناء فترة إعادة التفاوض

(١) تنص المادة ١/٧ من اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع تحت عنوان « نصوص عامة» على أن « يراعى في تفسير هذه الاتفاقية صفتها الدولية، وضرورة تحقيق التوحيد في تطبيقها، كما يراعى ضمان حسن النية في التجارة الدولية ». وتنص كذلك المادة ١-٧/١ من مبادئ Unidroit تحت عنوان "حسن النية" على أن "يلتزم الأطراف بأن تتطابق تصرفاتهم مع متطلبات حسن النية في التجارة الدولية"، وتنص الفقرة الثانية من هذه المادة على أنه "لا يستطيع الأطراف استبعاد هذا الالتزام ولا أن يحددوا نطاقه". وقد تناول الشرط النموزجى الذي أعدته غرفة التجارة الدولية حسن النية عند فحص الأطراف لرأى وتوصية الغير الذي يعهدون إليه بحل النزاع في حالة عدم توصلهم إلى اتفاق مشترك خلال فترة إعادة التفاوض. انظر، البند السابع من الاقتراحات الخاصة بالظروف الطارئة.

(2)GOLDMAN (B.), Op. cit., p. 547; MAYER (P.), Op. cit., p. 475.

(٣) انظر في ذلك،

OSMAN (F.), Op. cit., p. 20.

المطلب الأول
التعبير عن حسن النية في عقود التجارة الدولية

٢٣٣- حسن النية مصطلح له أصل أخلاقي، فهو مرادف للأمانة Loyauté والنزاهة أو الاستقامة Probité والإخلاص Sincérité والثقة Confiance في العلاقات بين الأطراف [١].

ويلعب حسن النية دوراً هاماً في تنفيذ عقود التجارة الدولية وتتولد عنه التزامات عديدة منها الالتزام بالتعاون وبالتشاور بين الأطراف عند وجود صعوبات جادة في التنفيذ، والالتزام بالإخطار عند وقوع الحدث الذي أثر في التنفيذ [٢].

ومع اتفاق الفقه والقضاء في التجارة الدولية على أهمية الدور الذي يلعبه حسن النية في تنفيذ هذه العقود، فإنهم يعبرون عنه بتعبيرات كثيرة. فقد يشيرون إليه بالالتزام العام بالأمانة، أو بالالتزام بالتعاون بين الأطراف، أو بواجب الحرص والاحتياط الذي يجب أن يكون عليه المتعاملون في التجارة الدولية.

٢٣٤- وسوف نتناول هذه الصور على التوالي لنبين مدى العلاقة بينها وبين مبدأ حسن النية.

٢٣٥- أولاً : حسن النية والالتزام العام بالأمانة :

الالتزام بالتصرف بأمانة التزام عام يهيمن على كل مراحل العقد. فالأصل أن الأطراف عند إقدامهم على التعاقد قد أخذوا في اعتبارهم عامل الوقت وأثره على تنفيذ التزاماتهم التعاقدية، ومداه على الفائدة التي يرجونها من إبرام العقد، ولهذا يفترض أنهم قد تجنبوا هذه النتائج بإدخال الشروط المناسبة التي تحقق مصالحهم الخاصة، ويبقى بعد ذلك أن كل طرف ينفذ التزامه كما هو منصوص عليها في العقد حتى تحقق

---

(١) انظر في ذلك،
WANG (Z. H.), Op. cit., p. 89 ; PLANTEY (A.), La négociation internationale , principes et méthodes, éd. DU CNRS, 1980, p. 117.

(٢) انظر في ذلك،
DERAINS (Y.), Les tendences de la jurisprudence arbitrale internationale, JDI, 1993, p. 812 ; MAYER (P.), Le principe de bonne foi., op. cit., p. 543.

هذه الشروط الفائدة التي من أجلها أدرجت في العقد.

ويعرف بعض فقها التجارة الدولية وقرارات التحكيم التجاري الدولي حسن النية بالإشارة إلى واجب الأمانة والشرف الذي يجب أن يعبر عنه سلوك الأطراف عند تنفيذ العقد [1].

و يرى أنصار هذه الفكرة أن الالتزام العام بالأمانة هو التزام يفرض نفسه على المتعاقدين وينطبق دون النص عليه صراحة في العقد [2]. ويعنى هذا الالتزام امتناع كل متعاقد عن كل سوء نية أثناء تنفيذ العقد، ويعني أيضاً أن ينفذ كل منهما التزامه بشكل يستفيد منه المتعاقد الآخر ولا يقف عند التنفيذ الحرفي لالتزاماته، وإنما يجب أن يتم هذا التنفيذ بنية إفادة الغير [3].

والالتزام بالتنفيذ بحسن النية والأمانة التزام متبادل يلتزم به كل من الدائن والمدين. فالمدين ملتزم بتنفيذ التزاماته على الوجه الذي يحقق أكبر فائدة للدائن، فحسن النية والأمان التعاقديان يوجبان عليه أن يبذل قصارى جهده في توقع ما يعوق هذا التنفيذ، وأن يذلل كل الصعوبات التي قد تعرقل هذا التنفيذ أو تعوق استمراره. والدائن ملتزم هو أيضاً بأن يسهل لمدينه تنفيذ التزامه بتقديم المعلومات الضرورية والعون اللازم لهذا التنفيذ [4].

ويوضح الأستاذ OSMAN العلاقة بين حسن النية والالتزام العام بالأمانة بقوله "

---

(١) يتضمن القانون المدني المصري بعض النصوص التي تعبر عن حسن النية بالأمانة التي يجب يتحلى بها سلوك المتعاقدين. ومن هذه النصوص المادة ١٥٠/٢ التي تنص على أنه « أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون التوقف عن المغنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغى أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقاً للعرف الجارى في المعاملات».

(٢) انظر في هذا المعنى،

MAYER (P.), Le principe de bonne foi devant les arbitres du commerce international, in mélanges Pierre LALIVE, 1993, p. 545.

(3)PICOD (Y.), L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat, JCP, éd., G., 1988, 1, Doct., 3318.

(٤) في هذا المعنى،

PICOD (Y.), Op. cit., p. 104.

وانظر الأحكام العديدة التي صدرت من القضاء الفرنسي لتأكيد هذه الفكرة، خاصة المشار إليها في ص ١٠٧ - ١١٠.
وقريب من هذا المعنى، د. السيد البدوي، حول نظرية عامة لحسن النية، مرجع سابق، ص ٩١٠.

في مرحلة تنفيذ العقد يعتبر حسن النية نتيجة طبيعية ولصيقة بالالتزام العام بالأمانة الذي يقع على عاتق المتعاقدين »[١].

ويفرق بعض الفقهاء بين نوعين من الأمانة في مجال تنفيذ العقد : الأمانة التعاقدية La loyauté contractuelle وأمانة المتعاقدين La loyauté de contractants . فبينما تشير أمانة المتعاقدين إلى سلوك أو موقف فردي لأحد المتعاقدين في تنفيذ التزاماته، فإن الأمانة التعاقدية فكرة مجردة تشير إلى الموضوعية في التقدير وفي استخلاص نتائج عامة يمكن أن تطبق على سلوك كل متعاقد وليس سلوك متعاقد بعينه[٢].

وتجد التفرقة بين النوعين السابقين من الأمانة أساسها في التفرقة الشهيرة التي قال بها الأستاذ « فويان» VOUIN في رسالته عام ١٩٣٩. فقد قسم هذا الأستاذ حسن النية إلى نوعين: حسن النية التعاقدي Bonne foi contractuelle وحسن نية المتعاقدين Bonne foi des contractants[٣]. ويعرف حسن النية التعاقدى بأنه « حالة موضوعية عامة تسمح بتحديد المحتوى الإلزامى للعقد ، وتقدير النتائج القانونية للأعمال التي تتبعه وترتبط به »[٤] ، أى أنه يتعلق بالوقائع والتنفيذ الأمين لهذه الوقائع أياً كان الطرف الملتزم بهذا التنفيذ. ويعرف حسن نية المتعاقدين على أنه حالة شخصية خاصة بكل متعاقد وتختلف من متعاقد لآخر[٥]. ويقصد هذا الأستاذ بذلك أنه من الممكن أن نعتبر أن أحد المتعاقدين حسن النية بالنظر إلى ظروفه الشخصية والموقف المتواجد فيه، بينما هو من الناحية الموضوعية وبالنظر إلى حسن النية المطلق لا يمكن أن نعتبره حسن النية.

ويرى هذا الأستاذ - وبحق - أن الأمانة المتطلبة من المتعاملين في التجارة الدولية هى الأمانة التعاقدية La loyauté contractuelle وليست أمانة المتعاقدين La

(١) انظر،
OSMAN (F.), Op. cit., p. 133.

(٢) راجع،
PICOD (Y.), Op. cit., p. 82.

(٣) انظر،
VOUIN (R.), Op. cit., p. 133.

(4)Op. cit., p. 68.

(5)Op. cit., p. 145.

loyauté des contractants[1]. ففي لجوئه إلى الأمانة التعاقدية، يترك المحكم أو القاضي دراسة أحوال الضمير أي دراسة الأحوال النفسية والداخلية لكل متعاقد، ويلجأ إلى عمومية وتلقائية الحلول لوضع قواعد عامة من السلوك تنطبق على كل المتعاقدين[2].

واعتماداً على مبدأ الأمانة التعاقدية، أشار المحكم عند فصله في النزاع الذي ثار بين شركة KLOCKNER متعددة الجنسيات وبين دولة الكاميرون، إلى أن " المبدأ الذي يلتزم على أساسه أحد الأشخاص بموجب علاقة تعاقدية ويتعامل مع المتعاقد معه بطريقة صريحة، أمينة، وسليمة النية، هو مبدأ أساسي .... إنه المعيار الذي ينطبق على كل العلاقات التعاقدية البسيطة منها والمركبة ... »[3].

وتتأتى الأهمية التي يكتسبها مبدأ حسن النية أو الالتزام العام بالأمانة في عقود التجارة الدولية من سببين:

الأول: يرجع إلى محتوى ومضمون قانون التجارة الدولية Lex mercatoria الذي يحكم هذه العقود. فهو لا يتضمن، على عكس القوانين الوطنية، إلا عدداً قليلاً من النصوص المكملة لإرادة الأطراف. وترتيباً على ذلك فإن المحكمين مجبرون على استنباط الحلول للنزاعات التي تعرض عليهم من مبادئ أعلى يمكن أن تنطبق على هذه العقود. فهي التي تسمح لهم بوضع قواعد متناسقة موحدة. وأول هذه القواعد العامة هو حسن النية في تنفيذ العقود[4].

ولجوء المحكم إلى حسن النية باعتباره مبدأً من مبادئ قانون التجارة الدولية Lex

(1)OSMAN (F.), Op. cit., p. 133.

(٢) في هذا المعنى.

Op. cit., p. 134.

(٣) قرار صادر من المركز الدولي لتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى. C. I. R. D.I.، صادر في ٢١ أكتوبر ١٩٨٣، ووارد في.

JDI, 1984, pp. 409 - 440.

وانظر في التعلق عليه،

PAULSON (J.), Les obligations des partenaires dans un accord de développement économique : La sentence Cameronun c. \ Klockner , Rev. arb., 1984, pp. 19 - 63.

(٤) انظر في هذا المعنى،

MAYER (P.), op. cit., p. 543.

والجدير بالذكر أن صفة التحكيم مع التفويض بالصلح تعطى للمحكمين حرية أكبر لتبنى هذا المفهوم الموسع =

mercatoria يسهل تطبيقه، ويتفادى الصعوبات التي يثيرها اللجوء إلى هذا المبدأ استناداً إلى القوانين الوطنية. ولذا نجد أن القرار الصادر في قضية KLOCKER تم إلغاؤه من لجنة التحكيم الخاصة Ad hoc لأن المحكمين أسسوا حكمهم على مبدأ حسن النية باعتباره أحد المبادئ المطبقة في القانون الكاميروني وهو القانون المطبق على العقد دون أن يشيروا إلى مصدر هذا المبدأ في هذا القانون، ولم يبينوا أيضاً حدود هذا الالتزام، وجزاء مخالفته، وكيف أنه ينتج عنه بعض الالتزامات التي أشاروا إليها في قرارهم مثل الالتزام بالإخطار، وبالصدق والأمانة في تنفيذ العقد [1].

وفي إبرازه للأهمية التي يحتلها حسن النية في عقود التجارة الدولية، أكد الأستاذ « جيار » GAILLARD في تعليقه على هذا القرار أن المحكمين لو أسسوا حكمهم على مبدأ حسن النية باعتباره مبدأً من مبادئ قانون التجارة الدولية Lex mercatoria لكانوا قد تفادوا كثيراً من الانتقادات الموجهة إلى قرارهم، ولكانوا قد رتبوا عليه كل الالتزامات التي ذكروها دون أن يصبح قرارهم محلاً للنقد [2].

الثاني: ويكمن في النطاق أو الدور الذي يلعبه حسن النية في علاقات التجارة الدولية، حيث يعتمد عليه فقهاء التجارة الدولية في ترتيب كثير من النتائج المختلفة عما هو معمول به في القوانين الوطنية. [3].

وتحليل قرارات التحكيم الصادرة بهذا الشان تسمح لنا باستخلاص بعض السلوكيات التي يفرضها المحكمون والتي تفرض نفسها في مجال التجارة الدولية. وهى سلوكيات صالحة لكل المتعاملين في مجال التجارة الدولية دون اعتبار لجنسياتهم أو للقانون الذي يحكم علاقاتهم [4]. ويعد التصرف بأمانة وبحسن نية أول هذه السلوكيات، فهو يعتبر

= للعدالة وحسن النية. وانظر في ذلك،

LOQUIN (E.), Op. cit., n° 618 et 619. OSMAN (F.), Op. cit., p. 214 et 215.

(١) انظر في تفصيل هذا القرار،

JDI, 1987, p. 184.

(٢) انظر تعليق هذا الأستاذ على القرار السابق، الموضع السابق.

(٣)HORSMANS (G.), L'interprétation des contrats internationaux, in " L'arbitrage commercial international in , " L'apport de la jurisprudence arbitrale.", op. cit., p. 153.

(٤) في نفس المعنى، =

المرشد لكل الإجراءات أو الأعمال التي تصدر عن الأطراف [1].

وتطبيقاً لذلك حكم بأن لا يجوز للدائن أن يتمسك بالتحلل كلية من التزاماته تجاه المدين وفسخ العقد، إذا قصر المدين في تنفيذ جزء قليل من التزاماته، أو لمجرد التأخير في هذا التنفيذ. فالمشترى لبضاعة كانت محل عمليات تسليم متتابع، لا يمكنه الاحتجاج بالتأخير في إتمام إحدى عمليات التسليم كى يلغي مجموع الطلبات التي لم تنفذ بعد. « فقانون التجارة الدولية Lex mercatoria التي اتفق الأطراف على تطبيقه يتطلب أن تنفذ العقود بحسن نية. ومن نتيجة ذلك أن يختار المشترى الجزاء المناسب بعد أن يعذر البائع » [2]، وليس من الجزاء المناسب إلغاء العقد كله لمجرد التأخير في تنفيذ جزء بسيط منه.

ومن تطبيقات ذلك أيضاً ما قررته هيئة التحكيم في القضية رقم ٦١٢٩ لسنة ١٩٩٠. ففي هذه القضية انتهت هيئة التحكيم إلى أنه لا يجوز للدائن المطالبة بحقه المالي في الميعاد المتفق عليه مع المدين إذا واجه هذا المدين صعوبات كبيرة تمنعه من السداد في هذا الميعاد. وقد انتقدت الهيئة بناءً على ذلك سلوك الدائن عندما لجأ إلى التحكيم مطالباً المدين(إحدى الدول الأفريقية) لعدم سدادها المبالغ المالية الملتزمة بها في الميعاد المحدد. وقد أخذت الهيئة في اعتبارها دفع المدين بأن الدائن رفض الاشتراك مع باقى الدائنين في عملية تقسيم الديون نظراً للأحوال المالية السيئة التي تمر بها، وقد وافق باقى الدائنين على المشاركة وعلى مسألة تقسيم الديون، إلا أن هذا الدائن رفض المشاركة وفضل اللجوء إلى التحكيم بمقتضى شرط التحكيم الوارد في العقد مطالباً

=JARVIN (S.), L'obligation de coopérer de bonne foi , exemples d'applications au plan de l'arbitrage international, in " L'apport de la jurisprudence arbitrale.", op. cit., p. 161; LALIVE (P.), Sur la bonne foi dans l'exécution des contrats, op. cit., p. 426.

(١) انظر على سبيل المثال قرار تحكيم غرفة التجارة الدولية الصادر في القضية رقم ٢١٣١ (قرار NORSOLOR)، لسنة ١٩٧٩، وارد في.
Rev. arb., 1983, p. 55 Note GOLDMAN (B.).
حيث يقول المحكم " إن تأكيد وجود مبدأ حسن النية ليس في الغالب إلا وسيلة أخرى لوضع المبدأ الذي يقضى بأن عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية يثير مسئولية الطرف الذي يرجع إليه عدم التنفيذ » .

(٢) قرار تحكيم غرفة التجارة الدولية . القضية رقم ٥٠٩٤ لسنة ١٩٨٩، وارد في،
JDI, 1989, p. 1107, obs., ALVAREZ (A.).

التعويض عن عدم السداد في الميعاد المتفق عليه.

وقد أكدت هيئة التحكيم في هذه القضية على أن التنفيذ الأمين للعقد بحسن نية يوجب على الدائن في مثل ظروف المدين أن يشارك مع باقى الدائنين في عملية تقسيم الديون ولا يحصر نفسه في المطالبة بالتعويض أمام التحكيم. وانتهت الهيئة إلى أن الدائن ارتكب مخالفة لمبدأ حسن النية توجب تخفيض قيمة التعويض المستحق له [1].

وفي قرار التحكيم الصادر في القضية رقم ٢٢٩١ أعلن المحكم أنه « عندما لا يهتم الأطراف بتحرير عقدهم بطريقة متقنة ، يجب أن نفسر إرادتهم والتزاماتهم وفقاً لنصوص العقد و للمبادئ العامة للقانون والعدالة التي يجب أن تحكم المعاملات التجارية الدولية. وفي هذا الصدد يجب أن نذكر بأن الاتفاقات يجب أن تفسر بحسن نية، وكل طرف عليه التزام بأن يتصرف تجاه الآخر بطريقة أمينة لا تضره، وان إعادة التفاوض بحسن نية أصبحت عرفاً في العقود الاقتصادية

(١) قرار تحكيم غرفة التجارة الدولية، القضية رقم ٦٢١٩ لسنة ١٩٩٠، وارد في المجموعة الثانية من القرارات، ص ٤٢٧، ملحوظة الأستاذ « ديران » (.DERAINS (Y.

والجدير بالذكر أن ما توصلت إليه المحكمة قد يتعارض مع ما هو متفق عليه من أنه يجب أن يكون الوفاء بالالتزام فور نشوئه، سواء كان التزاماً قانونياً أم إراديًا، ما لم يكن هذا الالتزام معلقاً على شرط واقف أو مضافاً إلى أجل، ففي هاتين الحالتين لا يستحق الوفاء إلا إذا تحقق الشرط الواقف أو حل الأجل. ولا يجوز منح المدين مهلة للسداد إلا في حالة استثنائية ودعت حاجة المدين إلى ذلك. وفي ذلك تنص المادة ٣٤٦ مدني على أنه "١- يجب أن يتم الوفاء فوراً بمجرد ترتيب الالتزام نهائياً في ذمة المدين، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك. ٢- على أنه يجوز للقاضى في حالات استثنائية، إذا لم يمنعه نص في القانون، أن ينظر المدين إلى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه، إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم". انظر في تفصيل ذلك، د. محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الثاني، أحكام الالتزام، المرجع السابق، بند ٣٣٨، ص ٥٤٩ ؛ د. فتحى عبد الرحيم، د. أحمد شوقى عبد الرحمن، النظرية العامة لالتزام، أحكام الالتزام، مكتبة الجلاء بالمنصورة، ١٩٩٨ — ١٩٩٩ ، ص ٢٥٨.

ونفس المبدأ تنص عليه المادة ٤٢٦ من قانون التجارة الجديد (القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩)؛ إذ تنص على أنه " على حامل الكمبيالة المستحقة الوفاء في تاريخ معين أو بعد مدة معينة من تاريخ إصدارها أو من تاريخ الإطلاععليها أن يقدمها للوفاء في يوم استحقاقها أو في أحد يومي العمل التاليين لهذا اليوم، ويعتبر تقديم الكمبيالة إلى إحدى غرف المقاصة المعترف بها قانوناً في حكم تقديمها للوفاء " وتطبيقاً لهذا النص يلتزم الدائن بدين صرفي بأن يطالب مدنية بالوفاء في ميعاد الاستحقاق أو أحد يومي العمل التاليين لهذا اليوم. انظر في تفصيل ذلك، د. عبد الفضيل محمد أحمد، الأوراق التجارية طبقاً لأحكام القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ ، مكتبة الجلاء بالمنصورة، ١٩٩٩ ، بند ١٤٠، ص ١٩٤ و بند ٢٠٦، ص ٢٧٣ — ٢٧٤.

ونفس الأمر كان مطبقاً في ظل القانون التجاري الملغي إعمالاً للمواد رقم ١٦٠و ١٦٩ و ١٧٠ و ١٧١ منه. راجع في شرح هذه المواد ، د. فايز نعيم رضوان، الأوراق التجارية، بدون ناشر، ١٩٩٤ — ١٩٩٥ ، بند ٣٧٢، ص ٣٣٨.

الدولية »[1].

ننتهي من ذلك إلى أن بعض فقهاء التجارة الدولية، وبعض قرارات التحكيم تعبر عن حسن النية في تنفيذ هذه العقود، بالأمانة التعاقدية، ويعتبرون أن حسن النية نتيجة طبيعية للالتزام العام بالأمانة.

٢٣٦- ثانياً : التعبير عن حسن النية بالإشارة إلى واجب التعاون بين الأطراف:

يعتبر واجب التعاون مظهراً آخر للتعبير عن حسن النية في عقود التجارة الدولية. ومنذ فترة طويلة عبر الأستاذ « ديموج » DEMOGUE عن العلاقة الوطيدة التي تربط بين حسن النية في تنفيذ العقد وواجب التعاون بين الأطراف أثناء تنفيذ هذا العقد بتصويره العقد بشركة صغيرة يجب أن يعمل فيها كل شخص لتحقيق هدف مشترك يتكون من مجموع الأهداف الفردية لكل شخص، تماماً كما في الشركات المدنية والتجارية [2]. فالعقود الدولية تأبى النظرة التقليدية للعقد التي ترى أنه على كل طرف أن يسعى للدفاع عن مصالحه الخاصة ولا ينتظر من الطرف الآخر معاونة في ذلك. فالعقد يقوم بين طرفين تتعارض مصالحهما، ومن الطبيعي أن يسعى كل طرف لتحقيق مصالحه على حساب الطرف الآخر [3].

هذا المفهوم المثالي للعقد يعطى نطاقاً كبيراً لواجب التعاون بين الأطراف تحت اسم

---

(١) قرار تحكيم غرفة التجارة الدولية، القضية رقم ٢٢١٩ لسنة ١٩٧٥، وارد في المجموعة الأولى من القرارات، ص ٢٧٤، ملحوظة الأستاذ « ديران » DERAINS (Y.).

(2)DEMOGUE (R.), Traité des obligations en générale, T. V, Effets des obligations, Paris, 1932, n ° 3.

(٣) انظر في ذلك، د. حسام الدين كامل الأهواني، تقرير مقدم إلى ندوة « الأنظمة التعاقدية للقانون المدني ومقتضيات التجارة الدولية، الجزء الخاص بـ « المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية ومراحل إعداد العقد الدولي »، معهد قانون الأعمال الدولي، القاهرة ٢ – ٣ يناير ١٩٩٣، بند٢٣، ص١٠.
والواقع أن التعبير عن حسن النية بواجب التعاون بين الأطراف ليس قاصراً فقط على العقود الدولية، وإنما يمتد أيضاً إلى العقود الداخلية. انظر في ذلك د. فتحى عبد الرحيم عبد الله، أثر انضمام مصر لمنظمة التجارة العالمية على بعض جوانب النظام القانوني الداخلى، مقالة سابقة، بند ٢٠٤، ص ٢٨٥ و ٢٨٦ حيث يقول سيادته « الالتزام بتنفيذ العقد بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية يتجلى في لعض العقود في صورة التزام بالتعاون المستمر بين الأطراف، مثل عقد الشركة، عقد التأمين، عقد الإيجار »

حسن النية [١]. فحسن النية يلزم الأطراف أن يتعاونوا معاً بهدف الوصول إلى اتفاق مقبول منهم يسمح لهم بالحفاظ على علاقاتهم.

٢٣٧- وسوف نوضح العلاقة بين حسن النية وواجب التعاون بين الأطراف من خلال عرضنا لمصادر هذا الواجب، وضرورة التعاون بين الأطراف.

٢٣٨- ١ - مصادر الالتزام بواجب التعاون في عقود التجارة الدولية :

يجد الالتزام بالتعاون مصدره في طبيعة عقود التجارة الدولية، وفي بعض النصوص القانونية والاتفاقية الخاصة بالتجارة الدولية :

٢٣٩- نصوص التشريعات الوطنية واتفاقيات التجارة الدولية :

يعبر عدد قليل من القوانين الوطنية عن حسن النية بالإشارة إلى واجب التعاون[٢]. ومن هذه القوانين. قانون التجارة الأمريكي الموحد الذي ينص في المادة ٢-٦١٦ على أنه إذا رغب الدائن والمدين في الاستمرار في تنفيذ العقد يجب أن يتعاونا وأن يظهرا حسن النية في تنفيذ التزاماتهما. وترتب هذه المادة جزاء بطلان العقد إذا امتنع أي متعاقد عن القيام بواجب التعاون المطلوب منه [٣].

والوضع هو نفسه فيما يتعلق باتفاقيات التجارة الدولية. فقليل من النصوص يعبر عن حسن النية بواجب التعاون بين الأطراف. ومع ذلك نقابل هذه الإشارة في أحد الأعمال الدولية وهو المرشد في تحرير عقود التعاون الصناعي الدولي حيث تنص المادة الثالثة

---

(١) في هذا المعنى.

VOUIN (R.), Op. cit., p. 130.

والجدير بالذكر أن هذا الرأي يرد عليه تحفظان:

<u>التحفظ الأول</u> يتمثل فيما أبداه الأستاذ « كاربونيه » CARBONNIER من تخفيف لهذه المثالية حيث أشار إلى وجود نزاع خفي قد يثور بين الأطراف تحت ستار التعاون. ويجد هذا النزاع الخفي مصدره في بحث كل متعاقد عن تحقيق مصالحه الشخصية وأهدافه الخاصة التي من أجل تحقيقها قبل الدخول في التعاقد. وهذه الأهداف الخاصة بالأطراف قد تطغى على الهدف المشترك لهما. كما أنها قد تكون متعارضة وهذه هو الغالب الأعم.

CARBONNIER (J.), Droit civil, Les obligations, T. V1, paris, PUF, 12 ème éd., 1985, P. 208.

(٢) انظر.

LE ROY (D.) , Op. cit., p. 712 ; PICOD (Y.), Op. cit., n° 4

(٣) انظر.

LE ROY (D.) , Op. cit., p. 714.

عشرة من هذا المرشد على أنه « أياً كانت الأسباب التي أدت لإبرام هذه العقود، فإنها تقوم على وحدة المصالح بين الأطراف والتعاون الحقيقي بينهم »[1].

٢٤٠- طبيعة عقود التجارة الدولية :

تعتبر الأهمية الكبيرة التي تمثلها عقود التجارة الدولية مصدراً هاماً من مصادر واجب التعاون بين الأطراف. فهذه العقود. كما يقول البعض تستوجب أكثر من غيرها روح التعاون بين الأطراف[2].

فالتعاون أمر ضروري بين الأطراف في عقود التوريد، ويتجنبون به العديد من المشكلات التي قد تثور أثناء تنفيذ هذه العقود، ويتفادون به أيضاً النتائج الضارة التي تترتب على فسخ العقد والتي قد تتمثل في وقف التوريدات وفقد عميل هام عندما يعود الإنتاج أو التوريد مرة أخرى إلى السريان[3]. وتجسد الشروط التعاقدية الأهمية التي يمثلها التعاون في هذه العقود. ومن أمثلة ذلك الشرط الذي تضمنه عقد توريد غاز بين شركة إندونيسية وشركة أمريكية، حيث اتفق الأطراف على أن يلتزم كل منها ببذل ما في جهده للحصول على الإذن المطلوب وأن يتبادل المعلومات مع الطرف الآخر[4].

و للتعاون بين الأطراف نفس الأهمية في عقود النقل، فتبادل المعلومات بين الأطراف، وتشاورهم المستمر، وتعاونهم بحسن نية أمر ضرورى لتمام تنفيذ الالتزامات التي ترتبها هذه العقود[5].

وعقود الإنشاءات تعد أيضاً مثالاً جيداً على ضرورة التعاون بين الأطراف أثناء تنفيذها. ويؤكد هذا التعاون الشروط التعاقدية وقرارات التحكيم الصادرة بصدد هذه

---

(١) المرشد في تحرير العقود الدولية للتعاون الصناعى، جنيف، ١٩٧٦، الفقرة ١٢.

(٢) انظر.

PICOD (Y.), Op. cit., p. 106.

(3) LE ROY (D.), Op. cit., p. 716.

(٤) انظر في تفصيل ذلك العقد،

PICOD (Y.), OP. cit., p. 106.

(٥) انظر،

MORIN (G.), Op. cit., p. 22.

العقود [1].

و يعتبر طول مدة العقود أيضاً مصدراً لواجب التعاون بين الأطراف. فكثير من العمليات الدولية تتطلب لتنفيذها مدداً طويلة، كالعمليات المتعلقة بالتموين والاستثمار وبيع الصناعات الكبيرة، وعقود نقل التكنولوجيا. وطول المدة اللازمة لتنفيذ هذه العقود قد يكون عنصراً مهدداً لبقاء العقد، أو على الأقل مهدداً لتنفيذه على الوجه المتفق عليه و خاصة أن الأسواق قد تشهد تقلباً كثيراً في أسعار المواد الأولية، وفي مصادر التكنولوجيا.

وينتبه الأطراف دائماً إلى عامل الوقت وما قد يخبئه لهم الزمن من مفاجئات ولذا يجرى واقع عقود التجارة الدولية على أن يدرج الأطراف في عقودهم شروطاً تحقق لهم مصالحهم وتضمن ثبات العلاقة بينهم بقدر الإمكان. ولن يجني الأطراف ثمار هذه الشروط إلا بالتقارب والتعاون بينهم. فبالتعاون وحده يستطيع الأطراف تخطى عقبات التنفيذ التي تظهر بعد فترة من الزمن ويحصل كل منهم على الفائدة التي رجاها من إبرام العقد [2].

وقد يجد التعاون مصدره أيضاً في الطبيعة الفنية لبعض التزامات المتعاقدين. فتنفيذ بعض التزامات الأطراف قد تتطلب تقارب الطرفين حتى يتم هذا التنفيذ على الوجه الذي يحقق مصالح الأطراف [3]. فالتزام إحدى الشركات المتخصصة في الحاسب الآلي (الكومبيوتر) بتوريد برامج معينة لإحدى المصالح في دولة أخرى يتطلب تشاوراً مستمراً بين مهندسي الشركتين حتى تعمل الأجهزة بدقة وبشكل يحقق الغرض من العقد. والتزام أحد المشروعات ببناء مجمع صناعي كبير لصالح إحدى الدول يقتضي أيضاً تبادل الآراء لتوضيح الاستعمال الحسن لهذا المجمع وكيفية صيانته، وإصلاح العيوب التي قد تظهر.

وتطبيقاً لذلك قضى بأن «المشروع الملتزم بتوريد برنامج حاسب آلي لعميل معين، يلتزم بمساعدة عميله وذلك بتعريفه بخصائص البرنامج ، وترجمته له بلغة واضحة بالمقارنة بلغة الحاسب الآلي، وأن يبين الأهداف المتوقع تحقيقها من هذا البرنامج ...

---

(١) انظر في الشروط التعاقدية المتعلقة بهذه العقود، والقضاء الصادر بصددها،
LARRIEU (J.), Le contrat d'ingénierie, th., 1984, p. 107 et s.

(2)MORIN (G.), , Op. cit., p. 22.

(٣) في هذا المعنى،
Op. cit., p. 23 ; PICOD (Y.)., Op. cit., n° 10.

وأن يجرى دراسة سابقة وجادة للبرنامج لمعرفة ما إذا كان سيحقق الأهداف التي يرجوها العميل على أكمل وجه[١].

وفي الغالب ترتبط الطبيعة الفنية لالتزامات المتعاقدين بالصفات الخاصة بهؤلاء المتعاقدين[٢]. فالقضاء يتجه إلى تقدير التزامات المتعاقدين وخاصة الالتزام بالتعاون وفقاً لمهنتهم ودرجة تخصصهم في هذه المهنة[٣]. فصفة المهني المتخصص تعطي لواجب التعاون المفروض عليه مجالاً أوسع، وتسمح بتشديد مسئوليته عند مخالفته[٤].

٢٤١- ضرورة التعاون لتنفيذ عقود التجارة الدولية :

يتجه واجب التعاون إلى إيجاد نوع من التوافق والتعايش بين المصالح الاقتصادية المتعارضة للأطراف واحترام روح العقد إلى جانب حرفيته[٥].

ويتفق فقه التجارة الدولية وقرارات التحكيم الدولي في الأهمية التي يمثلها واجب التعاون بين الأطراف لتنفيذ هذه العقود[٦].

وتطبيق حسن النية بالإشارة إلى واجب التعاون بين الأطراف أمر يتبناه بعض فقهاء التجارة الدولية[٧]، وتردده بعض قرارات التحكيم التجارى الدولي. ففي القرار الصادر

---

(١) حكم استئناف باريس. ١٨ يونيو ١٩٨٤، وارد في،
Lamy, Droit de l'informatique sous la direction de M. VIVANT, 1986, n ° 4, p. 22.

(٢) انظر،
MAYER (P.), Op. cit., p. 549.

(٣) انظر في ذلك،
LE TOURNEAU (Ph.), Quelques aspects des responsabilité professionnelles, Gaz. Pal., 1986, 11, Doc., p. 616.

(٤) انظر،
BONNEAU (R.), La pratique de l'informatique, éd. Usines nouvelles, 1984, p. 49.
وانظر أيضاً حكم نقض تجاري فرنسي، ١٥ أكتوبر ١٩٧٨، وارد في،
D., 1979, p. 134.

(٥) انظر في هذا المعنى،
OSMAN (F.), Op. cit., p. 135.

(6)FONTAINE (M.), Les contrats internationaux à long terme. in études offertes à Roger HOUIN, paris, D., 1985, p. 270 ; JARVIN (S.), Op. cit., p. 57 ; OSMAN (F.), Op. cit., p. 135.

(٧) انظر على سبيل المثال،=

في القضية رقم ٢٤٤٣ لسنة ١٩٧٥ أعلن المحكمون أنه « يجب أن يعلم الأطراف جيداً أن التعاون بينهم هو الذي يسمح بحل كل المشكلات التي قد تواجههم. ويجد الالتزام بالتعاون أساسه في مبدأ حسن النية الذي يحكم تنفيذ العقود الدولية » [١].

وفي القضية رقم ٤٧٦١ لسنة ١٩٧٨ أشارت الهيئة إلى واجب التعاون بقولها « في الحقيقة، عندما تحتج المدعى عليها بأن الاتفاق لا يتضمن إلا زيادة الثمن، فإنها تكون قد أخطأت في فهم طبيعة التزاماتها. فالمادة ٧ من العقد المبرم في ١٤ يناير ١٩٨٢ يفرض عليها أن تتعاون مع الشركة المدعية وتتفاوض معها بهدف تحديد هذه الزيادة. وهذا الالتزام هو التزام بعمل أى بالتفاوض ، أو بالأحرى هو التزام بالتعاون بحسن النية أثناء تنفيذ العقد ..... [٢].

وتطبيق آخر لهذه الفكرة نقابله في قرار التحكيم الصادر من غرفة التجارة الدولية عام ١٩٨٤ [٣]، وكذلك القرار الصادر في قضية رقم ٣١٣١ لسنة ١٩٧٩ قضية NORSOLOR [٤].

٢٤٢- ثالثاً : حسن النية وواجب الحرص والاحتياط :

يربط بعض فقهاء التجارة الدولية أخيراً بين حسن النية كمبدأ يحكم تنفيذ العقود الدولية وبين واجب الحرص والاحتياط الذي يجب أن يطابقه سلوك المتعاملين في التجارة الدولية.

وقد درست مجموعة من الفقهاء برئاسة M. FONTAINE عام ١٩٨٨ عدداً من التعبيرات التي يدرجها الأطراف في عقودهم والتي تشير بشكل أو بآخر إلى حسن النية

=MESTRE (J.), D'une exigence de bone foi ä un esprit de collobaration, RTD. civ., 1986, p. 101.

(١) قرار غرفة تحكيم التجارة الدولية، القضية رقم ٢٤٤٣ لسنة ١٩٧٥، ملحوظة DERAINS (Y.)، وارد في، JDI, 1976, p. 991.

(٢) قرار تحكيم غرفة التجارة الدولية، المجموعة الثانية من القرارات ، ص ٣٠٧ .

(٣) هذا القرار مشار إليه في،
JARVIN (S.),Op. cit., p. 164.

(٤) قرار وارد في،
Rev. arb., 193, p. 531 et s.

مثل "واجب الحرص du diligence " "الجهود المعقولة Raisonables efforts" أو "قواعد الفن Règles de l'art" التي يجب أن يراعيها الأطراف أو التي يجب أن يلتزموا بها أثناء تنفيذ عقدهم (١).

ويُرجع الأستاذ « جيار » GAILLARD العلاقة بين حسن النية وواجب الحرص والاحتياط الذي يجب أن يلتزم به الأطراف أثناء تنفيذهم لالتزاماتهم إلى المادتين ١١٥٦و ١١٦٢ من القانون الفرنسي. فهاتان المادتان تفرض على الأطراف أن يتصرفوا بحرص وأن يظهروا الاحتياط في تصرفاتهم (٢).

ويعبر قضاء التحكيم أيضاً في بعض قراراته عن حسن النية باستخدام فكرة الحرص والحذر الذي يجب أن يلتزم به المتعاقدون. وتطبيقاً لهذه الفكرة قدر المحكمون في قضية ATLANTIC TEIION أن هذه الشركة لم تثبت حسن نيتها أثناء تنفيذ عقدها مع حكومة دولة غينيا. واستندت هيئة التحكيم في قرارها بذلك إلى أن هذه الشركة لم تقم بواجب الحرص والاحتياط باعتبارها متخصصة في الصيد في المياه الاستوائية. وذلك كان يفرض عليها أن تدرس بشكل جدي ما إذا كانت سفنها تفي بالأغراض التي قصدتها حكومة غينيا من استغلال السفن المملوكة لها في الصيد، وتدرس أيضاً كيفية استغلال هذه السفن، وتعديلها إذا استلزم الأمر ذلك حتى تحقق الهدف الذي تسعى حكومة غينيا إلى تحقيقه. فحسن النية يمنعها من الاكتفاء بوضع سفنها تحت تصرف الحكومة الغينية (٣).

والأمر ذاته يتوافر في القرار الصادر في القضية رقم ٢٥٠٨ لسنة ١٩٧٦. فقد أشار المحكم في هذه القضية إلى أنه « من المبادئ العامة المقررة ، في القانون السويسري (القانون المطبق على العقد) وفي المبادئ العامة في القانون، أن متسبب الخسارة يجب أن يعوض

---

(١) راجع،

" Best efforts ", " Raisonable care ", " du diligence " et " règles de l'art " dans les contrats internationaux, RD. aff. Int., 1988, pp. 1026 - 1027.

(٢) انظر،

GAILLARD (E.), Chronique des sentences arbitrales C. I. R D. I., JDI, 1988, 231.

(٣) انظر القرار الصادر من مركز تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى C. I. R. D. I. الصادر في ١٤ إبريل ١٩٨٦، وارد في،

JDI, 1988, pp. 181 - 188, obs. GAILLARD (E.).

المتعاقد معه عن هذه الخسارة إذا وقعت نتيجة عدم قيامه بالتزامه بالحرص والاحتياط، أى عدم التزامه بحسن النية والعدالة أثناء تنفيذ التزاماته »[١].

وقد أشارت هيئة التحكيم أيضاً إلى حسن النية بالإشارة إلى واجب الحرص والاحتياط في القضية رقم ٣٠٩٣/٣١٠٠ سالفة الذكر. فقد اعتبرت أن المشروع X قد تصرف بسوء نية وبشكل يخالف واجب الحرص والاحتياط عندما تعاقد مع المشروع Y مع علمه التام بأنه سيواجه أو من الممكن أن يواجه صعوبات كبيرة في الحصول على النقد الأجن~ظبي المطلوب و خاصة أن السلطات المالية في دولته كانت قد بدأت تتخذ إجراءات إدارية لتقوية رقابة البنك المركزى على النقد. وتذكر الهيئة بواجب الحرص والاحتياط الذي يجب أن يقوم به المشروع X بقولها " كان يجب على المشروع X أن يحصل على النقد الأجنبي المطلوب ، وأن يجد الضمانات الضرورية لتوفير هذا النقد لحظة انعقاد العقد أو على الأكثر قبل أن يتسلم كميات البترول المتفق عليها. فحسن النية يفرض عليه ألا يتسلم المنتجات دون أن يتأكد من قدرته على دفع ثمنها بالنقد الأجنبي .... »[٢].

والتعبير عن حسن النية بواجب الحرص والحذر الذي يلتزم به الأطراف أثناء تنفيذ عقدهم غالباً ما نقابله في القرارات الصادرة بشأن الأذون والرخص المتطلبة لتنفيذ العقود الدولية. فالمحكمون يشيرون دائماً إلى واجب المدين في الحصول على هذه الرخص اللازمة للعقد مادم أن العقد يوجب عليه ذلك. ويعتبر المحكمون أن عدم الحصول على هذه الرخص يعنى تصرف هذا المدين على وجه يخالف حسن النية وواجب الحرص والاحتياط الذي يجب أن يحكم سلوك هذا المدين[٣].

---

(١) قرار تحكيم غرفة التجارة الدولية، المجموعة الأولى من القرارات، ص ٢٩٢.

(٢) قرار تحكيم غرفة التجارة الدولية، المجموعة الأولى من القرارات، ص ٣٦٧.

(٣) والجدير بالذكر أن القضاء الوطني أيضاً يطبق نفس القاعدة، انظر على سبيل المثال في القضاء الفرنسي، نقض تجارى فرنسي، جلسة ٧ مارس ١٩٧٢، وارد في،
Rev. crit. DIP., 1974, p. 486.

و نقض تجاري فرنسي ، جلسة ٢٦ إبريل ١٩٧٦، وارد في،
Bull. Civ., 1976, 1V, p. 116.

المطلب الثاني
تطبيقات لحسن النية أثناء إعادة التفاوض في العقد

٢٤٣- عند طلب إعادة التفاوض يجب أن يتحمل المتعاقدان المخاطر العادية في تنفيذ العقد، فحسن النية يمنع كلاً منهما من أن يطلب إعادة التفاوض في العقد وتعديل أحكامه إلا في حالة اختلال كبير في توازن العقد وإصابته بأضرار فادحة لا تتناسب البتة مع المكاسب التي ستعود عليه من تنفيذ هذا العقد.[١].

أما أثناء إعادة التفاوض فإن حسن النية يتخذ مدلولاً آخر. فعلى كل متعاقد أن يصيغ اقتراحات جادة وأمينة تهدف إلى الوصول إلى حل بين الطرفين وليس مجرد التسويف، وتعجيز الطرف الأخر عن الوصول إلى حل. وفي المقابل يتوافر حسن النية متى التزم المتعاقد بحسن النية حتى ولو لم يصل إلى اتفاق محدد مع المتعاقد الآخر.

٢٤٤- وسوف نبين في هذا المطلب التطبيقات الخاصة لحسن النية أثناء إعادة التفاوض في العقد، وسنبرز متى توافر حسن النية على الرغم من عدم توصل الطرفين إلى اتفاق ودي بينهم.

٢٤٥- أولاً : حسن النية والاقتراحات الجادة أثناء إعادة التفاوض :

أوضحنا سابقاً أن إعادة التفاوض لها مفهوم مزدوج. فإلى جانب الحضور المادي للأطراف إلى مائدة التفاوض، يوجد أيضاً الحضور الذهني أو النفسي، ويقصد به أن يحضر كل متعاقد قاصداً العزم على الوصول إلى حل إيجابي مع المتعاقد الآخر. فلا يحضر وتتملكه نية إضاعة الوقت، والمجادلة في كل ما يطرح والإضرار بالطرف الآخر. ويجب عليه أيضاً تقديم حلول مقبولة تحقق مصالحه ومصالح الطرف الآخر في نفس الوقت[٢].

ويترتب على ذلك أن مجرد الحضور المادى للمتعاقد لا يكفي للقول بتوافر حسن

---

(١) انظر،

PICOD (Y.), Op. cit., p. 225.

(٢) انظر سابقاً، بند،٢٣٢. وانظر في نفس المعنى قرار غرفة التجارة الدولية الصادر في القضية رقم ٥٩٥٣ لسنة ١٩٨، وارد في،

JDI, 1990, p. 1060, obs., DERAINS (Y.).

نيته، ولكنه يجب أن يتفاوض بأمانة وأن يصيغ اقتراحات جادة لها علاقة بالعقد المبرم، وبالظروف المالية والاقتصادية المحيطة بالعقد وأن تتمشى اقتراحاته وحلوله مع المنطق والعقل، وأن يهدف بهذه الاقتراحات الوصول إلى أفضل الحلول مع متعاقده والإبقاء على العقد [1]. وبالجملة يجب أن يتكون لديه رغبة في الوصول إلى اتفاق [2].

ويتوقف نجاح شرط القوة القاهرة وشرط « إعادة التفاوض » Hardship على جدية ومنطقية الاقتراحات والحلول التي يصيغها الأطراف أثناء إعادة التفاوض. فإذا قدم أحد المتعاقدين اقتراحات لا تتمشى مع المنطق بل تخدم مصالحه الخاصة فحسب، أو يعلم جيداً أنها لن تقبل من الطرف الآخر ولكنه قدمها بهدف إنهاء العقد دون مسئولية، فإنه يكون قد أهدر الفائدة التي من أجلها أُعِد الشرط.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن رفض الاقتراحات المقبولة التي يصيغها الطرف الآخر يتساوى مع تقديم اقتراحات غير مقبولة من هذا الطرف. فحسن النية يلزم كل متعاقد أن يصيغ اقتراحات جادة تحقق مصالح الطرف الآخر كما تحقق مصالحه، ويفرض عليه أيضاً أن يقبل في نفس الوقت الاقتراحات المعقولة التي يصيغها الطرف الآخر[3]. ويبرر البعض ذلك بأن حسن النية يفرض على الأطراف خلال هذه الفترة الامتناع عن الغموض والتناقض في الأقوال والأفعال، فهم ملتزمون بالتعاون والتقارب بدلاً من التنازع والابتعاد وأن يقبلوا كل ما هو معقول [4].

ومسألة تقديم اقتراحات جادة ومعقولة أثناء إعادة التفاوض، أو مسألة قبول هذه الاقتراحات، مسألة يصعب تقديرها من جانب قضاء التحكيم أو القضاء الوطني. ويشير فقهاء التجارة الدولية إلى أن تقدير هذه المسألة يحتاج إلى بعض

---

(١) في هذا المعنى،
FABRE (R.), Op. cit., p. 19.

(٢) قريب من ذلك،
EL MAHI (H.), Op. cit., n° 69, p.95.

(٣) في هذا المعنى،
OPPETIT (B.), Op. cit., p. 807 ; SOUCHON (Ch.), Op. cit., p. 30.

(٤) راجع،
PLANTEY (A.), La négociation internationale, Op. cit., p. 118 ; MORIN (G.), Le dévoir de coopération., Op. cit., p. 9.

الملكات الخاصة. وبعض الصفات المهنية لدى المحكمين. ويعبرون عن ذلك بقولهم «يجب أن يكون لدى المحكمين نفاذ البصيرة وحدة الذهن والإلمام الجيد بالواقع المهنى لكى يقدروا اقتراحات الأطراف ويقدروا سلوكهم في هذا الفرض »[١]، وأنه « يجب على القضاة أن يجروا فحصاً دقيقاً للواقع لكى يفصلوا في صفة المعقولية التي يجب أن تتسم بها اقتراحات المتعاقدين، ويبحثوا عما إذا كان المتفاوضون قد برروا بشكل كاف اقتراحاتهم، وأنهم قد قاموا بالمجهودات اللازمة لكى يقربوا وجهات نظرهم، أم أن أحدهما قصر في ذلك»[٢].

وقد حاول بعض الفقه وبعض قرارات التحكيم وضع بعض الضوابط أو المؤشرات العامة التي يجب أن يهتدي بها المحكمون في قياس سلوك المتعاقدين. ومن هذه المحاولات ما قام به الأستاذ « موران » MORIN الذي أكد أن "معظم العقود الدولية تحتوى على شروط إعادة التفاوض أو على إعادة تعديل العقد. وفي حالة عدم تحديد المبادئ التي يجب أن يلتزم بها المتعاقدون ، فإن المحكمين ، لكى يتعرفوا على مدى سلوك المتعاقدين، يجب أن يطبقوا واجب التعاون الذي يلتزم به الأطراف والذي يوجب على الأطراف ما يلي :

- التزام بألا يقوم أى منهما بسلوك مفاجئ للمتعاقد الآخر، والتزام كل منهما تجاه الآخر بعناية الرجل المعتاد في تصرفاته.

- التزام بأن يقدم كل متعاقد اقتراحات معقولة وألا تكون هذه المقترحات غير عادلة.

- التزام عام بألا يضر المتعاقد الآخر وأن يتفاوض معه بحسن نية »[٣].

ومن هذه المحاولات أيضاً ما قدمه الأستاذ « فابر» FABRE الذي أعطى مثالاً للاقتراحات غير المعقولة من جانب أحد الأطراف بقوله "لو أن الثمن العادل ١٠٠ فرنك

---

(١) انظر،

CABAS (F.), Op. cit., p. 279.

(٢) راجع،

TEYSSIE (B.), Les aspects juridiques de la négociation collective dans l'entreprise, JCP, éd. E., 1985, p. 16.

(٣) انظر،

MORIN (G.), Op. cit., p. 12.

فإن البائع لايمكن أن يقترح ثمناً قدره ١٠٠٠ فرنك ، ولا يجوز للمشترى أن يقترح ثمناً قدره ١٠ فرنكات فقط، فإن قدموا هذه الاقتراحات فإنهم يكونوا قد خالفوا حسن النية في التفاوض » [١].

ومن المفيد في هذا الصدد أن نشير إلى قرار التحكيم الصادر في القضية رقم ٢٥٠٨ لسنة ١٩٧٦ [٢]. في هذه القضية احتج المشروع Y بأنه لم يسلم كميات الكربون التي اتفق على بيعها للمشروع X بسبب الارتفاع المفاجئ في سعر البترول على المستوى العالمي منذ إبرام العقد، وأن ارتفاع الأسعار بهذا الشكل يتعارض مع تنفيذ العقد دون إجراء تعديل للثمن، وقد أصبح هذا التعديل مستحيلاً بعد رفض المشروح الاقتراح المقدم منه بالتعديل.

وقدرت هيئة التحكيم الاقتراح الذي قدمه المشرع Y بالتعديل ووجدته اقتراحاً غير عادل وغير منطقي . وبررت الهيئة ذلك بأن هذا المشروع اقترح على المشروع الآخر تعديل الثمن بشكل يقربه من الأسعار العالمية للبترول، ولم يكتف بأن يقترح عليه سعراً مناسباً يرفع عنه الضرر الفادح الذي حاق به من جراء التسليم بالسعر المنخفض حتى ولو كان هذا السعر أقل من الأسعار العالمية. واعتبرت الهيئة أن تصرف المشروع Y على هذا النحو تصرف خاطئ منه وألزمته بالتعويض [٣].

وفي تعليقه على هذا القرار يوضح الأستاذ « ديران » DERAINS أن "هذا المبدأ، وهو تقديم اقتراحات معقولة وعادلة أثناء عملية التفاوض يستمد من مبدأ آخر وهو حسن النية في التفاوض. فالأمر يتعلق هنا بتطبيق خاص من تطبيقات حسن النية في تنفيذ العقد الذي يعرفه المحكمون جيداً. فالالتزام بإعادة التفاوض بحسن نية يتضمن، ضمن ما يتضمن، أن يمتنع المتعاقد عن تقديم اقتراحات غير مقبولة تؤدى إلى الفشل في المفاوضات » [٤].

---

(1)FABRE (R.), Op. cit., p. 19.

(٢) انظر، المجموعة الأولى من قرارات غرفة التجارة الدولية، ص ٢٩٢ وما بعدها.

(٣) قرار سابق الإشارة إليه، المجموعة الأولى من القرارات، ص ٢٩٤

(٤) انظر في ذلك ، التعليق على القرار السابق، ص ٢٩٦ وما يليها.

والواقع إنه من الصعب تقدير اقتراحات الأطراف أثناء إعادة التفاوض لمعرفة مدى إخلالها بمبدأ حسن النية. ولا يملك المحكم أو القاضي في هذا الصدد سوى مجازاة السلوك الذي يظهر أنه غير أمين أو متعسف من جانب أحد المتعاقدين. فالتعسف الظاهر من جانب أحد المتعاقدين في استخدام حقه في التفاوض بشكل يضر بالطرف الآخر بحيث يكون الضرر الذي يتحمله المتعاقد الثاني نتيجة اقتراح الأول يفوق المكسب الذي يعود عليه، أو حرصه على تحقيق مصالحه فقط دون الاكتراث بمصالح الطرف الآخر هو أمر يسهل تقديره. أما تقدير ما دون ذلك يحتاج إلى جهد كبير من جانب المحكم الذي يجب أن يكون مهنياً متمرساً يمكنه تقدير اقتراحات الأطراف بشكل سليم [1].

٢٤٦- ثانياً : توافر حسن النية رغم عدم الوصول إلى اتفاق :

يتفق الفقه على أن الأطراف إذا التزموا بحسن النية في التفاوض، وقدم كل منهما اقتراحات جادة معقولة يمكن قبولها من الطرف الآخر، فإنهم لا يكونوا قد خالفوا حسن النية إذا لم يتوصلوا مع ذلك إلى اتفاق مشترك. فالالتزام بالتفاوض بحسن نية هو التزام ببذل عناية لا بتحقيق نتيجة [2]، والمفاوضات يمكن أن تفشل أو أن تنجح [3]. وكل ما على المتعاقدين أن يبذلوا كل ما في وسعهم للوصول إلى اتفاق، فإن فشلوا فلا مسئولية [4].

وإذا كانت غالبية الفقه تذهب إلى أن الأطراف ليسوا ملزمين بالوصول إلى اتفاق، وأن التزامهم في هذه الحالة هو التزام ببذل عناية، وليس التزاماً بتحقيق نتيجة، فإن

---

(١) قريب من ذلك،
OPPETIT (B.), Op. cit., p. 807.

(٢) انظر،
PICOD (Y.), Op. cit., p. 213 ; OSMAN (F.), Op. cit., p. 78 ; EL MAHI (H.), Op. cit., p. (92).

(٣) انظر في ذلك،
LYON - CAEN (G.), Du rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail, RTD. civ., 1974, p. 241.

(٤) في نفس المعنى، الأستاذ « جارسون » JARROSON Ch. الذي يرى أن التزام الأطراف في هذه الحالة التزام بوسيلة وليس التزاماً بتحقيق نتيجة.
JARROSSON (Ch.), Les clauses de renégaciation, de conciliation et de médiation, in= " les principles clauses des contrats conclus entre professionnels ", P.U d'Aix, 1990, n ° 27.

بعض الفقه يتحفظ على الوصف الذي يتصف به التزام الأطراف .

فبعد أن أكد الأستاذ « أوبتي » OPPETIT "أنه من الصعب أن نضع على عاتق الأطراف التزاماً بالوصول إلى اتفاق. فقد ينشا خلاف بينهم حول تعديل العقد مع التزام كل منهم بالتفاوض بأمانة وحسن نية ولا يكون هناك ثمة خطأ يمكن نسبته إلى أى منهم ». أشار بعد ذلك إلى أنه « ومع ذلك، ودون أن ننتهي إلى القول بوجود التزام بتحقيق نتيجة وهى الوصول إلى اتفاق ، فإن حسن النية والأمانة التعاقدية التي تحكم تصرفات الأطراف في هذه الحالة يفرضان عليهم أن يقدموا اقتراحات معقولة، وأن يقبلوا هذه الاقتراحات متى كانت معقولة وإلا تعرضوا للمسئولية .... فالأطراف منقادون بشكل عام إلى أن يصلوا إلى اتفاق يحافظ على العقد »[1].

وقد أخذ هذا التحفظ مدى جديداً على يد الأستاذ « لورواى » LE ROY في رسالته عن القوة القاهرة في عقود التجارة الدولية عام ١٩٩٢. فقد ميز هذا المؤلف بين المفهوم الواسع والمفهوم الضيق للالتزام بالتفاوض، ورأى أن المفهوم الواسع لهذا الالتزام يتضمن فكرة الوصول إلى اتفاق بين الأطراف. ويقول في ذلك " المفهوم الواسع للالتزام بالتفاوض يعنى أن الأطراف ملزمون ببدء المفاوضات، ويعني أيضاً الوصول إلى نتيجة بناءً على تبادل وجهات النظر بينهم. أما المفهوم الضيق لهذا الالتزام فيعني الالتزام بفتح المفاوضات فقط دون ضرورة الوصول إلى اتفاق. ولا يعكس هذا المفهوم الضيق غياب وجهات نظر متبادلة بين الأطراف، ولكنه يترجم عدم كفاية وجهات نظرهم أو عدم قبولها من قبل بعضهم »[2].

ويعارض الأستاذ « كاباس » CABAS الفقهاء الذين يرون أن واجب الأطراف بالوصول إلى اتفاق هو محض التزام ببذل عناية. ويرى أن هؤلاء الفقهاء أسسوا وجهة نظرهم على تشابه إعادة التفاوض في العقد بناءً على شرط القوة القاهرة أو شرط "إعادة التفاوض" Hardship بالمفاوضات العادية التي تسبق إبرام العقد . فكما أن الأطراف ليسوا ملزمين بإتمام العقد في حالة المفاوضات الأولية،

---

(١) انظر،

OPPETIT (B.), Op. cit., p. 806 et 807.

(٢) انظر،

LE ROY (D.), Op. cit., p. 709.

فإنهم ليسوا ملزمين أيضاً بالوصول إلى اتفاق في حالة إعادة التفاوض. والواقع أن إعادة التفاوض في هذا الفرض لها طبيعة خاصة، وتعتبر فكرة جديدة أو نظاماً جديداً technique nouvelle يختلف عن التفاوض العادي La négociation ordinaire ، الذي يسبق إبرام العقد. وتظهر هذه الخصوصية في أن إعادة التفاوض في العقد تتضمن نية الوصول إلى اتفاق بين الأطراف [١]، لا مجرد تبادل الرأى. وفي النهاية يمكن أن يتفق الأطراف أو يفشلوا في الوصول إلى اتفاق.

ويؤسس هذا الفقيه وجهة نظره بأن التزام الأطراف أثناء إعادة التفاوض هو التزام بتحقيق نتيجة على نوعين من العناصر:

النوع الأول، هو العناصر الداخلية التي يحتويها الشرط التعاقدي والتي تتمثل في المصطلحات التي يستخدمها الأطراف للتعبير عن هذا التزام. فالأطراف لا يستخدمون إلا في فروض نادرة تعبير « سوف يحاولون الوصول إلى اتفاق » ، ولكنهم في الغالب يستخدمون مصطلحات تدل بشكل أكيد على ضرورة الوصول إلى اتفاق مثل « سوف يتشاورون بغرض تحديد وسيلة » ، و « يجب عليهم أن يضعوا اتفاقاً بخصوص التعديل»[٢].

النوع الثاني، وهو العوامل الخارجية والتي تتمثل في الموقف العام الذي يتواجد فيه الأطراف والذي يحثهم بل ويجبرهم على الوصول إلى اتفاق. فقبول الأطراف إعادة التفاوض يعني حرصهم على إبقاء العلاقة بينهما، ويعكس أيضاَ أهمية الاتفاق المبرم بالنسبة لهما. وفي أثناء المفاوضات يبقى العقد ولكنه لا ينتج آثاره فهى مؤجلة إلى حين الانتهاء من المفاوضات، هذا ما لم يوجد اتفاق مخالف بين الأطراف. ولذا فرغبتهم في الحفاظ على العقد، ووقف تنفيذه أثناء المفاوضات يفرض عليهما ضرورة الاتفاق حماية لهذا العقد [٣].

وعلى الرغم من وجاهة الحجج التي ساقها الأستاذ CABAS لتبرير تعديل طبيعة التزام الأطراف أثناء التفاوض إلى التزام بنتيجة بدلاً من الالتزام بوسيلة، وعلى الرغم أيضاً من الاعتراف بأن لجوء الأطراف إلى شخص من الغير في حالة فشل المفاوضات

---

(١) انظر،

CABAS (F.), Op. cit., p. 134 et 135.

(2)Op. cit., p. 136.

(3)OP. cit., p. 137.

يترجم نيتهم في الوصول إلى حل خاصة إذا لجأ الأطراف إلى التوفيق أو الخبرة، فإن هذا كله وإن كان يصلح في إبراز الأهمية التي يمثلها التعاقد لتحقيق مصالح الأطراف، إلا أنه لا يقدح في وصف التزام الأطراف بأنه التزام ببذل عناية لا بتحقيق نتيجة.

فالاستمرار في تنفيذ مجحف ضار بأحد المتعاقدين بشكل كبير قد يكون أشد وطأة من التخلص من هذا العقد، هذا على افتراض أن فشل الأطراف يعني فسخ العقد. أما إذا كان فشلهم يعني اللجوء إلى التحكيم ، فإن هذا يجب ترجمته في اتجاه نية الأطراف إلى تصفية العلاقة بين الأطراف بشكل يجنبهم النزاع الذي قد يثور بصدد هذه التصفية. فحسن النية لا يلزم المتعاقد أن يضحي بمصالحه لكي يصل إلى اتفاق مع المتعاقد الأخر[١].

ويساند قضاء التحكيم هذا الرأي. ففي القضية رقم ٣٩٣٨ لسنة ١٩٨٢، أشارت هيئة التحكيم إلى أن الأطراف عليهم التزام بالدخول في المفاوضات، ولكن لا شيء يلزمهم بأن يصلوا إلى اتفاق جديد[٢].

ونفس الأمر نقابله في قرار التحكيم الصادر في القضية رقم ٦٢١٩ لسنة ١٩٦٠. فقد أكدت هيئة التحكيم على أن الشركة Y عليها التزام بالتفاوض بحسن نية مع الدولة الأفريقية X على تقسيم ديون هذه الأخيرة، ولكنها لم تعتبر هذه الشركة قد خالفت هذا الالتزام عندما لم تصل معها إلى اتفاق بخصوص هذا الدين [٣].

وقد علق الأستاذ « ديران » DERAINS على هذا القرار بقوله إن الالتزام بالتفاوض بحسن نية والذي يعد أحد مظاهر الالتزام بالتعاون بين الأطراف لا يتضمن إلزام المتعاقد بأن يتنازل عن جزء من حقوقه لصالح المتعاقد الآخر للوصول معه إلى اتفاق. أما الشروط التعاقدية التي تلزم الأطراف بإعادة التفاوض في العقد. فإن القصد منها التزام كل منهما بأن يتفاوض مع الآخر بحسن نية وبأمانة بقصد الوصول إلى اتفاق

---

(١) انظر في هذا المعنى،

PICOD (Y.), Op. cit., p. 137.

(٢) قرار غرفة التجارة الدولية، القضية رقم ٣٩٣٨ لسنة ١٩٨٢، وارد في،

JDI, 1984, p. 926, obs., JARVIN (S.).

(٣) قرار تحكيم غرفة التجارة الدولية، المجموعة الثانية من القرارات، وبصفة خاصة ص ٤٣.

وليس مع ضرورة الوصول إلى اتفاق [1].

(١) انظر تعليق هذا الأستاذ على القرار السابق، بصفة خاصة ص ٤٣٦ من المجموعة الثانية من قرارات التحكيم.

الفرع الثاني
نتيجة إعادة التفاوض

٢٤٧- انتهينا في الفرع السابق إلى أن الالتزام بإعادة التفاوض الذي يرتبه شرط القوة القاهرة أو شرط « إعادة التفاوض » Hardship هو التزام بوسيلة لا بتحقيق نتيجة، فكل ما على الأطراف هو تلبية الدعوة إلى التفاوض، والتزام حسن النية والأمانة أثناء التفاوض، ولكنهم لا يسألون عن عدم وصولهم بعد ذلك إلى نتيجة معينة، فقد تفشل المفاوضات كما يمكن أن تنجح. وسواء نجحت المفاوضات أو فشلت فإن هناك بعض الأحكام تترتب على ذلك. من هذه الأحكام ما يتعلق بمصير العقد الأصلي ومنها ما يتعلق بطبيعة الاتفاق الجديد. ودراسة هذه الأحكام تقتضي منا أن نقسم هذا الفرع إلى مبحثين على الوجه التالي :

مبحث أول: حالة نجاح المفاوضات

مبحث ثان: حالة فشل المفاوضات

المبحث الأول
حالة نجاح المفاوضات

٢٤٨- يقصد بنجاح المفاوضات وصول الأطراف إلى نتيجة إيجابية هى تعديل العقد. وإذا كانت فكرة التفاوض نفسها تحتمل النجاح والفشل، فإن نجاح هذا التفاوض يعتبر النتيجة الطبيعية التي يجب أن يؤدي إليها التفاوض.

ووصول الأطراف إلى اتفاق بتعديل العقد لا يعني انتهاء كل المشكلات التي يمكن أن تثور بين الأطراف. فإذا كان الأطراف بتعديلهم للعقد قد تخطوا الصعوبات التي واجهها تنفيذ عقدهم بما يسمح للعقد بالبقاء والاستمرار، فإن التعديل نفسه يثير تساؤلات عديدة تحتاج إلى أجوبة.

ومن أهم المشكلات التي يثيرها وصول الأطراف إلى اتفاق بتعديل العقد هى مشكلة تكييف الاتفاق الجديد الذي توصل إليه الأطراف، هل الأمر يتعلق بعقد جديد بين الأطراف، أم باستمرار للعقد الأصلي مع تعديل بعض أحكامه ؟.

الواقع أن الإجابة على هذا التساؤل تتوقف بالدرجة الأولى على ما إذا كان الأطراف قد اتفقوا على تكييف هذا الاتفاق بوصف معين أم لا.

وبصفة عامة يمكن القول بأن الأطراف نادرا ما يتفقون على تحديد مصير العقد في حالة نجاح المفاوضات عند إبرام العقد أو حتى بعد ذلك [1]. فالفرض الذي يهتم به الأطراف دائماً هو فرض فشل التفاوض باعتباره أكثر الفروض تأثيراً على العقد وعلى استمرار العلاقة بين الأطراف.

ومع ذلك، قد يتفق الأطراف في القليل من الشروط على تحديد طبيعة معينة للاتفاق الذي قد يتوصلون إليه عند إعادة التفاوض حول العقد. ومن هذه الشروط الشرط الذي ينص على أنه « يجب أن يتقابل الأطراف في مدة ثلاثة أشهر ليتفاوضوا في إبرام عقد

---

(١) انظر في ذلك،

CABAS (F.), Op. cit., p. 137.

جديد غير محدد المدة »[1].

ويتفق الفقه على ضرورة أن يعلن الأطراف بوضوح كامل أثر التعديلات التي يجرونها على طبيعة العقد الأصلي، وما إذا كان الأمر يتعلق بتعديل أم بتجديد للعقد[2]. وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في أحد أحكامها الحديثة بقولها « على الأطراف أن يقرروا بوضوح ما إذا ما كان العقد بعد تعديله ينشأ عنه عقد جديد أم يعتبر امتداداً للعقد الأصلي مع بعض التعديلات »[3].

وإذا وجدت مشكلة التكييف القانوني للاتفاق الذي توصل إليه الأطراف لها حلاً في حالة اتفاق الأطراف على هذا التكييف، فإن المشكلة تدق في حالة عدم وجود هذا الاتفاق.

وتنقسم آراء الفقه في هذا الصدد إلى اتجاهين: الأول يرى أن الاتفاق الجديد هو تعديل للاتفاق الأصلي. والثاني يذهب إلى القول بأن الاتفاق الجديد هو تجديد للعقد الأصلى لا استمراراً له.

وسوف نعرض كلاً من هذين الرأيين في مطلب مستقل على التوالي، قبل أن نبدى رأينا في هذه المسألة.

---

(١) شرط مشار إليه في،
LE FICHANT (F.), Op. cit., p. 454.

(٢) انظر في ذلك،
Op. cit., p. 453 ; CABAS (F.), Op. cit., p. 175 ; FABRE (R.), Op. cit., p. 25.

(٣) نقض تجاري فرنسي، ٢٠ مارس ١٩٩٠، وارد في،
D., 1990, I. R., p. 91.

المطلب الأول
الاتفاق الجديد تعديل للاتفاق الأصلي

٢٤٩- ينتصر جزء كبير من الفقه لفكرة بقاء العقد الأصلي قائماً، ويصفون الاتفاق الذي توصل إليه الأطراف بأنه ليس إلا تعديلاً لهذا العقد. فاتفاق الأطراف على تعديل بعض شروط الاتفاق الأصلي الذي يربطهم لا يهدم وجود هذا الاتفاق، ولا يقصد به الأطراف خلق اتفاق جديد [١]. فإذا اتفق الأطراف على تعديل الثمن أو شروط التسليم أو زمان أو مكان هذا التسليم أو امتداد في مدد تنفيذ العقد، فالأمر يتعلق بنفس العقد الأصلي ولكن مع تعديل بعض شروطه [٢].

ويبرر أنصار هذا الرأي ذلك بالقول بأن فكرة إعادة التفاوض تتعارض مع فكرة التجديد، وتؤيد فكرة استمرار العقد الأصلي. فعندما اتفق الأطراف على إعادة التفاوض بشأن العقد فإنهم قصدوا إبقاء العقد الحالي بينهما قائماً [٣].

وقد استند الأستاذ « كاباس » CABAS في رسالته عن شرط "إعادة التفاوض" Hardship قوله بأن الاتفاق الذي يتوصل إليه الأطراف أثناء إعادة التفاوض ما هو إلا تعديل للعقد الأصلي إلى حجتين : الأولى، وتتمثل في وجود نية مفترضة عند الأطراف ببقاء الوضع الراهن بينهما حتى نهاية المفاوضات. فإذا انتهت المفاوضات وغيروا من هذا الوضع الراهن فإن هذا التغيير يأخذ حتماً صورة التعديل، وليس إبرام عقد جديد.

الحجة الثانية، وتكمن في أن هدم الاتفاق القديم ونشوء اتفاق جديد بين الأطراف

---

(١) انظر في هذا الرأى. د. نصره بو جمعه السعدى، رسالة سابقة، ص ٢٧٦؛
FABRE (R.), Op. cit., p. 23 ; OPPETIT (B.), Op. cit., p. 810.

(٢) راجع،
LE FICHANT (F.), Op. cit., p. 453.

(٣) انظر،
JARROSSON (Ch.), Op. cit., n° 6 ; GHOZI (A.), La modification de l'obligation par la volonté de parties, th., LGDJ, paris, 1980, p. 4.

لا يتمشى مع وظيفة شرط « إعادة التفاوض» Hardship. فهذا الشرط يتجه بالدرجة الأولى إلى الحفاظ على الاتفاق بين الطرفين، ويسمح لهم بمراجعة الاتفاق وتعديل بعض أحكامه تفادياً لفسخه. وبمعنى آخر فإن شرط إعادة التفاوض يعمل على بقاء العقد الأصلي لا على هدمه [1].

---

(١) انظر في ذلك،

CABS (F.), Op. cit., p. 193 ; LE FICHANT (F.), Op. cit., p. 453.

المطلب الثاني
الاتفاق الذي توصل إليه الأطراف تجديد للعقد الأصلي

٢٥٠- يذهب جانب من الفقه إلى أن الاتفاق الجديد الذي ينتج من عملية إعادة التفاوض بين الأطراف هو عقد جديد، فإعادة التفاوض تتضمن تجديداً للعقد الأصلي لا تعديلاً له.

ويعرف التجديد بأنه « هو عملية قانونية يحل من خلالها التزام جديد محل التزام قديم . ففيه خلق لالتزام جديد مرتبط بانقضاء الالتزام القديم »[١]. وأنه « اتفاق على انقضاء الالتزام القديم، وعقد لإنشاء الالتزام الجديد، فهو يعتمد على استبدال عنصر أو أكثر من عناصر الالتزام القائم بالتزام آخر جديد »[٢].

ويتضح من هذه التعريفات أن فكرة التجديد تقوم على عنصر رئيسي وهو النية، أي نية التجديد. فالتجديد لا يفترض، بل يجب أن يتفق عليه الأطراف صراحة، أو يستخلص من ظروف التعاقد[٣] . ويجب أن تتضمن نية التجديد إرادة انقضاء الالتزام القديم ،

---

(1), Novation, p. 1.

وينظم القانون المدني الفرنسي التجديد في المواد من ١٢٧١ - ١٢٨١ منه ويعرفه بأنه " انقضاء الالتزام وخلق التزام جديد مختلف يحل محل الالتزام الأول ». أما قانوننا المدني فينظمه في المواد من ٣٥٢ - ٣٥٨ ولكنه لم يضع تعريفاً له.

(٢) انظر في هذا التعريف، د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط ، الجزء الثالث، نظرية الالتزام بوجه عام، المجلد الثاني، الطبعة الثانية، بند ٤٨٤، ص ٩٥٤ ؛ د. جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، الجزء الأول، مطبعة جامعة فؤاد الأول، الطبعة الثانية، ١٩٧٦، بند ٥٨٤، ص ٩٧٥.

(٣) انظر المادة ١/٣٥٤ مدني مصري. والمادة ١٢٧٣ مدني فرنسي. وانظر أيضاً، نقض مدي مصري، جلسة ١٩٨٩/١/٢٩. الطعن رقم ١٩٣٢ لسنة ٥٦ قضائية، مجموعة أحكام المكتب الفنى، السنة ٢٥، ص ٣٩١.
والجدير بالذكر أن تقدير توافر نية التجديد في حالة عدم اتفاق الأطراف أمر يترك لتقدير قاضي الموضوع الذي يختلف حكمه بحسب كل حالة على حدة. وقد اهتم الفقه والقضاء من جانبهما بإعطاء أمثلة توضح الحالات التي تتوافر فيها نية التجديد والتي تتخلف فيها هذه النية. انظر في الفقه على سبيل المثال، د. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص ٩٥٦ في الهامش، د. جمال الدين زكي، مرجع سابق، بند ٥٨٦، ص ٩٧٧. وانظر في القضاء على سبيل المثال، نقض مدني، جلسة ١٩٧٣/٤/١٠، الطعن رقم ٧٩ لسنة ٣٨ قضائية، مجموعة أحكام المكتب الفني، س ٢٤، ص ٥٧٠، نقض مدني، جلسة ١٩٧٧/٦/٣٠، الطعن رقم ٧٢١ لسنة ٤٣ قضائية، مجموعة أحكام المكتب الفني، س ٢٨، ص ١٥٤٣.

وإرادة خلق التزام جديد ، وإرادة ربط الانقضاء بالتجديد [١].

وإلى جانب نية التجديد ، يشترط في التجديد أيضاً أن يكون الالتزام الجديد مختلفاً بشكل جذري عن الالتزام القديم، أو بمعنى آخر يجب أن يكون التغير الذي تم على الالتزام جوهرياً، كالتعديل الوارد على شخص المدين بالالتزام، أو شخص الدائن، أو على مصدر الالتزام كما لو تغير العقد من قرض إلى إيجار [٢]. أما إذا كان التغيير الذي تم غير جوهري، كما لو ورد على مدد تنفيذ العقد أو طرق التنفيذ أو تغيير العملة التي يتم بها التنفيذ، فلا نكون بصدد تجديد للعقد، وإنما نكون بصدد تعديل له [٣]. وفي ذلك تقول محكمة استئناف باريس « يمكن القول بوجود تجديد في الفرض الذي يكون فيه التغير عنصراً مؤثراً على تبادل الرضا بين الأطراف ، وليس التغير الذي طرأ في طرق تنفيذ الالتزام » [٤].

ويمكننا القول بأن أنصار هذا الاتجاه قد استندوا على طبيعة التجديد للقول بأن الاتفاق الجديد يعد تجديداً للعقد الأصلي. فالتجديد عقد يترتب عليه انقضاء الالتزام القديم ونشوء التزام جديد [٥].

(١) راجع في ذلك،

AZEMA (J.), La durée des contrats sucessifs, LGDJ, 1969, p. 223 ; SIMLER (Ph.), De la novation, JCP, 1979, n ° 309 ; CABAS (F.), Op. cit., p. 175.

(٢) انظر في ذلك، د. رشوان حسن رشوان أحمد، مرجع سابق، بند ٨٠، ص ١٨٩ و ١٩٠.

(3) MAZEAUD, Leçon de droit civil, T. 11, vol. 1, Les obligations, 1978, n ° 1225.

(٤) محكمة استئناف باريس، ١٩ مايو ١٩٦٤، وارد في ،

JCP, éd. G., 1964, 11V, p. 12.

(٥) انظر في ذلك، د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، الجزء الثالث، المجلد الثاني، المرجع السابق، بند ٤٩٤ و ٤٩٥، ص ٩٧٦ و ٩٧٧.

والواضح أنه ليس هناك فرق بين تجديد الالتزام وتجديد العقد، فالأمران على ما يبدوا شيئاً واحداً، ولذا فالحديث عن تجديد للالتزام هو حديث عن تجديد للعقد. و يقول في ذلك الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري « التجديد اتفاق (Convention) قضاء الالتزام القديم، وعقد (Contrat) لإنشاء الالتزام الجديد، وهو في الحالتين تصرف قانون » انظر المرجع السابق، بند ٤٨٤، ص ٩٥٤.

المطلب الثالث
رأينا في الموضوع

٢٥١- لا نميل من جانبنا إلى الأخذ بأي من الاتجاهين السابقين لتحديد طبيعة الاتفاق الذي يصل إليه الأطراف أثناء إعادة التفاوض في العقد. وتفصيل ذلك أنه:

أولاً، بالنسبة للاتجاه الأول، لا يمكننا التسليم في جميع الحالات بأن الاتفاق الجديد بين الأطراف هو تعديل للاتفاق الأصلي لا تجديداً له. فكما قد يتفق الأطراف على تعديل بعض عناصر العقد الأصلي، كالثمن وشروط التسليم ومدد التنفيذ، قد يتفقون أثناء إعادة التفاوض على تعديل عنصر جوهري كتعديل شخص المدين أو الدائن أو تعديل مصدر الالتزام. وفي هذه الحالات لا نستبعد الحديث عن تجديد للعقد بين الأطراف، هذا إذا توافرت باقي شروط تطبيقه كما سنرى حالاً. بمعنى آخر إذا كان الأصل أن يتفق الأطراف على استمرار العقد مع تعديله، فمن الممكن أن ينتج من المفاوضات عقد جديد بينهم.

ثانياً، بالنسبة للاتجاه الثاني، نلاحظ أنه بتطبيق شروط التجديد على الاتفاق الذي توصل إليه الأطراف أثناء إعادة التفاوض يمكنا القول بتخلف شرطين هامين في هذا الاتفاق، هما نية التجديد، والتغير الجوهري في الالتزام.

فمن ناحية، حتى نكون بصدد تجديد للعقد يجب أن يتفق الأطراف صراحة على انقضاء الالتزام الأصلي ونشوء التزام جديد بدلاً منه، وهذا ما يخالف الفرض الذي نعالجه هنا وهو سكوت الأطراف عن تحديد طبيعة الاتفاق الجديد.

ولا يغير من الأمر شيئاً القول بأن إرادة التجديد يمكن أن تكون ضمنية، أى أن التجديد الضمني يؤدي إلى ميلاد عقد جديد [1]، لأن هذه النية الضمنية يجب أن يستشفها القاضي من ظروف التعاقد ذاته، وظروف الواقع لا تدل على وجود هذه الإرادة الضمنية، بل على العكس ترفض القول بها. فإدراج الأطراف شرط إعادة التفاوض في العقد Hardship

---

(١) نقض مدنى فرنسي، الدائرة الأولى، ١٧ يوليو ١٩٨٠، وارد في،
RTD. civ., 1981, p. 397, obs., CHABAS (F.).
وانظر أيضاً الفقرة الأولى من المادة ٣٥٤ مدنى مصرى التي تنص على أن «التجديد لا يفترض، بل يجب أن يتفق عليه صراحة، أو أن يستخلص بوضوح من الظروف».

أو شرط القوة القاهرة بمفهومها الحديث واتفاقهم على إعادة التفاوض في العقد يهدف بالدرجة الأولى إلى الحفاظ على العقد من الانقضاء، وبقاء الاتفاق الأصلي بين الأطراف ؛ أي أن النية المفترضة للأطراف هنا هى بقاء العقد الأصلي لا انقضاؤه.

ومن ناحية ثانية، لا يمكن القول بتوافر شرط التغيير الجذري في الالتزام في كل حالات التعديل التي يجريها الأطراف. فقد ينتهي الأطراف إلى أن أثر الظروف الجديدة يختفي بمجرد زيادة مدة التنفيذ فترة من الوقت، أو بزيادة طفيفة في الثمن، أو بقبول الدائن أن يتسلم البضاعة في مكان آخر بخلاف المكان الذي يصعب على المدين التسليم به، أو قبول الدائن التنفيذ بعملة بخلاف العملة التي استحال على المدين التنفيذ بها. فالتعديل قد لا يكون جوهريا ومن ثم لا نكون بصدد تجديد للعقد.

والواقع، لكى نحدد طبيعة الاتفاق الجديد ، يجب أن ننظر إلى أمرين معاً: جزء العقد الذي ورد عليه التغيير وقدر هذا التغيير. وبإعمال هذين الأمرين نجد أنفسنا أمام فرضين:

الفرض الأول، وفيه يرد التغيير على وجود الالتزام ذاته أو على مصدر الالتزام، ويؤدي هذا التغيير إلى اختفاء هذا الالتزام أو تعديل مصدره. وفي هذا الفرض يمكننا أن نفرق بين حالة ما إذا كان هذا التزام الذي اختفي التزاماً أساسياً في العقد لا يقوم العقد إلا به، وحالة ما إذا كان هذا الالتزام ليس أساسياً في العقد. ففي الحالة الأولى نكون بصدد تجديد للعقد الأصلي و لا نكون بصدد تعديل له. ويمكننا أن نستشف نية التجديد هنا من اتفاق الأطراف على زوال التزام أساسي في العقد واستبدال التزام آخر له. وفي الحالة الثانية نكون بصدد تعديل للعقد لا تجديد له. فنية التجديد لا يمكن أن نستشفها هنا من مجرد الاتفاق على زوال التزام غير أساسي في العقد.

الفرض الثاني، وفيه يرد التغيير لا على وجود الالتزام أو مصدره، وإنما على طريقة تنفيذه أو على المدد اللازمة لتنفيذه أو على العملة التي ينفذ بها. وفي هذه الفروض يعتبر الاتفاق الجديد تعديلاً للاتفاق الأصلي لا تجديداً له. ويرجع ذلك إلى تخلف شرط نية التجديد التي لا يمكن أن تستشف من تغيير أمور غير جوهرية في العقد.

ويمكن إجمال ما تقدم في أن الأصل أن يكون الاتفاق الجديد بين الأطراف تعديلاً للاتفاق الأصلي، إلا إذا كان التغيير أساسياً؛ إذ يعتبر الاتفاق الجديد في هذه الحالة تجديداً للاتفاق الأصلي.

المبحث الثاني
حالة فشل المفاوضات

٢٥٢- قد تفشل المفاوضات بين الأطراف بسبب خطأ أرتكبه أي منهما أثناء إعادة التفاوض، سواء بعدم حضوره جلسة أو جلسات التفاوض، أو عدم التزامه بحسن النية والأمانة في صياغة المقترحات التي يبديها للمتعاقد الآخر، وقد تفشل المفاوضات ليس بسبب خطأ منسوب لأحدهما ولكن بسبب عدم التوصل إلى اتفاق مقبول من كليهما.

وأياً كانت الأسباب التي تؤدي إلى فشل المفاوضات، فإن التساؤل يثور دائماً عن مصير العقد الأصلي، هل يختفي هذا العقد، أم يظل قائماً مستمراً منتجاً لآثاره ؟

تتوقف الإجابة على هذا التساؤل بالدرجة الأولى على وجود أو عدم وجود اتفاق بين الأطراف حول مصير العقد في هذه الحالة.

وسوف نبين في هذا المبحث في مطلبين متتاليين المصير الذي يمكن أن يلقاه العقد في حالة وجود اتفاق بين الأطراف، ومصيره في حالة عدم وجود مثل هذا الاتفاق.

المطلب الأول
مصير العقد في حالة وجود اتفاق بين الأطراف

٢٥٣- بادئ ذي بدء تجدر الإشارة إلى أن اختيار الأطراف طريقاً معيناً لتسوية النزاعات التي قد تثور بينهم في حالة عدم وصولهم إلى حل، قد يؤثر بشكل أو بآخر على سلوك الأطراف أثناء إعادة التفاوض، الأمر الذي يؤثر في النهاية على مصير العقد.

وتفسير ذلك أنه في الحالة التي يتفق فيها الأطراف، على سبيل المثال، على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه في حالة عدم وصولهم إلى حل، فإن مصير العقد في الحالة سوف يختلف عن الحالة التي يتفقوا فيها على الاستمرار في تنفيذ العقد، أو إحالة الأمر إلى التحكيم لاتخاذ ما يراه مناسباً.

ففي الحالة الأولى قد يحاول أحد الأطراف التشكيك في مدى جدية الاقتراحات التي يقدمها الطرف الآخر أو يحاول جاهداً إبراز مدى التعارض بين هذه الاقتراحات وبين مصالحه الخاصة، وإخفاء ما تحققه له من فوائد. ويهدف من ذلك إلى إنهاء المفاوضات دون الوصول إلى حل ودون أن يظهر ما يتعارض مع مبدأ حسن النية. فوجود المبدأ لا يمنع أياً من المتعاقدين من التحايل عليه.

أما في الحالة الثانية التي يتفق فيها الأطراف على إحالة الأمر إلى التحكيم أو استمرار العقد بنفس شروطه الأصلية، فإن هذا الاتفاق سيكون له أثره أيضاً في سلوك الأطراف أثناء إعادة التفاوض. فالاستمرار في تنفيذ العقد بشروطه الأصلية في حالة الفشل في الوصول إلى نتيجة قد يسبب ضرراً فادحاً لأحد الأطراف، والأصل أنه لا يطيق هذا الضرر ولهذا طلب إعادة التفاوض في العقد للوصول إلى حل لرفع هذا الضرر. وهذا يجعله يتفاوض بشكل جاد ويجعله حريصاً على الوصول إلى حل بتقديم اقتراحات مقبولة من الطرف الآخر وقبول الاقتراحات المقبولة التي يصيغها الطرف الآخر.

وقد يتغير سلوك المتعاقد أيضاً إذا اتفق مع المتعاقد الآخر على إحالة الأمر إلى التحكيم في حالة فشل المفاوضات. فالمحكم قد ينتهي إلى إقامة مسئوليته عن عدم الوصول إلى حل، كما أنه قد يقترح تعديل العقد بشكل معين على الأطراف، خاصة إذا كان محكماً

مفوضاً بالصلح [1]، وقد لا يحقق هذا التعديل المفروض من جانب المحكم كل مصالحه. وحتى يتجنب المتعاقد هذه النتيجة، و حتى يتجنب كذلك المصاريف الهائلة التي تنفق في التحكيم، فإنه سيكون مقدماً على التفاوض ولديه الرغبة الجادة في الوصول إلى حل إيجابى بتعديل العقد.

صفوة القول في هذه المسالة، أن سلوك المتعاقد أثناء إعادة التفاوض يتأثر بالوسيلة التي يختارها الأطراف لحل المشكلات الناجمة عن عدم الاتفاق. وإذا كان من الصحيح أن وسيلة فض المنازعات وسيلة يتم اللجوء إليها في مرحلة لاحقة لفترة إعادة التفاوض وما يتم فيها، إلا أنها تؤثر بشكل كبير في سلوك الأطراف خلال هذه المرحلة [2].

٢٥٤- أما فيما يتعلق بصور الاتفاق بين الأطراف على مصير العقد في حالة فشل المفاوضات، فإن واقع عقود التجارة الدولية يعكس لنا صوراً متنوعة.

ويمكننا أن نحصر هذه الصور في: الاستمرار في تنفيذ العقد الأصلي بنفس شروطه السابقة، وقف تنفيذ العقد فترة من الزمن بعدها يمكن التقرير إما بفسخ العقد نهائياً أو عودته إلى التنفيذ العادي ، فسخ العقد من تلقاء نفسه، أو أخيراً الاستعانة بوسيلة لتذليل الصعوبات التي تواجههم.

وخيار الاستمرار في تنفيذ العقد أو وقفه لحين زوال العائق أو تغير الظروف التي طرأت لا يثير مشكلات جادة في الواقع العملي. كما أنه إذا كان الأطراف قد اتفقوا على وقف تنفيذ العقد قبل الدخول في التفاوض، فإن من النادر أن يتفقوا مرة أخرى على الوقف.

ولهذا سوف نقتصر في هذا المقام على الصور الأخرى التي قد يتخذها اتفاق الأطراف وتثير مشكلات عملية. وهذه الصور هي، فسخ العقد، واللجوء إلى الغير.

٢٥٥- أولاً : فسخ العقد:

على الرغم من أن فسخ العقد خيار غير محمود وغير مرغوب فيه من جانب المتعاملين في التجارة الدولية الذين يرغبون دائماً في إنقاذ العقد والحفاظ عليه والسعي إلى الابتعاد

---

(١) راجع في تفصيل فكرة المحكم المفوض بالصلح ومدى سلطته في تعديل أحكام العقد، لاحقاً، بند ٢٦٥ وما يليه.

(٢)قريب من هذا المعنى،

DUBISSON (M.), Op. cit., p. 85.

عن فسخه [١]، إلا انهم قد يلجأون إليه ويتفقون على تطبيقه في بعض شروطهم.

فقد يتفق الأطراف علي إعطاء حق الفسخ لأحد المتعاقدين في حالة فشلهم في الوصول إلى حل. ومثال ذلك الشرط الذي ينص علي أنه « لو أدت حالة القوة القاهرة إلي تأخير التسليم أكثر من ٨ أشهر، فإن الطرفين ملزمان بأن يتفقا في مدة شهر على مدة جديدة للتسليم . وإذا لم يصلا في نهاية هذه المدة إلى اتفاق، يستطيع المشترى فسخ الجزء من العقد الذي تأخر تسليمه . . . » [٢]. والشرط الذي ينص على أنه « . . . في حالة استمرار القوة القاهرة أكثر من ستة أشهر تبدأ من تاريخ الإعلان السابق، يتقابل الأطراف لكى يصلوا إلى اتفاق في مدة جديدة مقدارها شهر. وإذا لم يتوصل الأطراف في نهاية هذه المدة إلى اتفاق ، فالمشترى يكون من حقه أن يضع نهاية للعقد سواء في جزء منه أو كله» [٣].

ومنح سلطة فسخ العقد لأحد المتعاقدين في حالة عدم الوصول لاتفاق أثناء إعادة التفاوض، يظهر بصفة خاصة في الشروط التعاقدية المتعلقة بعقود القرض حيث يستأثر المقرض دائماً، ويكون غالباً أحد البنوك، بهذا الحق. ويرى بعض الفقه أن هذه الشروط تعد شروطاً تعسفية. يضعها البنك بشكل منفرد دون مناقشة مع المقترض الذي يكون بحاجة دائماً إلى مساعدات البنك المالية، وهى أيضاً شروط تخالف روح التعاون التي يجب أن تسود عقود التجارة الدولية [٤].

وفي بعض الحالات يتفق الأطراف على أن يكون لكل منهما حق فسخ العقد في حالة عدم الوصول لاتفاق، كالشرط الذي ينص على أنه « . . . إذا لم يتوصل الأطراف إلى اتفاق خلال ٣٠ يوماً تحسب من يوم تقديم طلب إعادة التعديل ، فلكل طرف الحق في

---

(١) انظر، د. ثروت حبيب، مرجع سابق، بند ١٩٥، ص ٤٠٨.

(٢) شرط وارد في.
FONTAINE (M.), Op. cit., p. 231.

(٣) الملحق رقم (٤)، وارد في.
LE ROY (D.), Op. cit, p. 751.

(٤) وانظر أيضاً، الملحقين رقم (٦)، ورقم (٧) مشار إليهم في.
Op. cit., p. 756 et 757.

انظر،
CABAS (F.), Op. cit., p. 142 et 143.

فسخ العقد دون تعويض بشرط إخطار الطرف الآخر بهذا الفسخ ... »[1]. والشرط الذي ينص على أنه « إذا لم يصل الأطراف إلى اتفاق في مدة معقولة، فلكل منهما أن يفسخ العقد أو يفسخ الجزء الذي لم ينفذ بعد ... »[2].

٢٥٦- ثانياً: اللجوء إلى الغير :

الأصل أن الأطراف هم المختصون بتعديل شروط عقدهم لكي تتمشى أحكامه مع التغيرات الجديدة في الظروف، فهم الذين أبرموا العقد وهم الذين يجب عليهم تعديله [3].

ومع ذلك، لا شئ يمنع الأطراف، إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة، من أن يتفقوا على الاستعانة بالغير في حالة عدم وصولهم إلى اتفاق بينهم. وقد ينظم الأطراف هذه المسألة عند إبرام العقد، سواء ضمن أحكامه، أو في اتفاق مستقل، أو ينظمونها عند الدخول في المفاوضات أو حتى عند الانتهاء منها [4].

والغير الذي يمكن أن يستعين به الأطراف قد يكون محكما Arbitre أو وسيطاً Médiateur أو مصالحاً أو موفقاً Conciliateur. وجدير بالذكر أن تحديد وصف

---

(١) شرط مشار إليه في،

FONTAINE (M.), Op. cit., p. 272.

وانظر أيضاً الشرط رقم (٦) مشار إليه في،

PHILIPPE (D.), Op. cit., p. 246 et 247.

(٢) مشار إليه في،

FONTAINE (M.), Op. cit., p. 272.

وأياً كان الطرف الذي له الحق في فسخ العقد، فإنه يترتب على الفسخ إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل إبرام العقد، مع عدم الإخلال بأى تعويض مستحق إذا توافرت شروطه. فإذا استحال إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل إبرام العقد جاز الحكم بالتعويض إعمالاً للمادة ١٦٠ من القانون المدني. انظر في آثار العقد بصفة عامة المواد من ٨١ – ٨٤ من اتفاقية فينا للبيع الدولي للبضائع ١٩٨٠. وانظر في هذه الآثار بصفة عامة، حكم النقض المدني، جلسة ١٩٦٨/٢/٢٢، الطعن رقم ٢١٧ لسنة ٣١ قضائية، مجموعة المكتب الفني، السنة ١٩، ص ٢٤٥. هذا باستثناء عقود المدة أو العقود الزمنية حيث يقتصر أثر الفسخ على المستقبل ولا يمس ما تم في الماضي. انظر في ذلك، نقض مدنى، جلسة ١٩٨١/١٢/١٠، مجموعة المكتب الفنى، السنة ٢٤، ص ٤٦٨.

(٣) انظر في ذلك،

OPPETIT (B.), Op. cit., p. 808.

(٤) في هذا المعنى،

CABAS (F.), Op. cit., p. 79.

دقيق للغير أمر بالغ الأهمية؛ لأنه سيترتب عليه تحديد قوة القرارات التي يصدرها هذا الغير ومدى التزام الأطراف بها.

وقد يحدد الأطراف أنفسهم وصفاً معيناً لهذا الغير وقوة القرارات الصادرة منه، وقد لا يتفقون على ذلك.

٢٥٧- ١- تحديد الأطراف لوصف الغير:

لا تسير الشروط التعاقدية على وتيرة واحدة في تحديد وصف هذا الغير. فقد يتفق الأطراف علي اللجوء إلى وسيط أو مصالح (موفق) . ومثال ذلك الشرط الذي ينص على أنه « في حالة اختلاف الأطراف ، فإنهم يستدعون وسيطاً » [١]. أو « سوف يفوضون الأمر إلى مصالح أو موفق » [٢].

ومن أمثلة شروط اللجوء إلى التوفيق أيضاً الشرط الذي ينص على أنه « .... في حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف خلال ٦٠ يوماً تحسب من يوم تقديم طلب المراجعة، فان الأطراف يعرضون الأمر إلى مصالح وحيد يتم تحديده باتفاق مشترك » [٣].

وطريق الوساطة أو المصالحة طريق ودي لتصفية الخلافات بين الأطراف، والحلول التي يتوصل إليها الوسطاء لا تفرض على الأطراف، وإنما يتوقف الأمر على قبول الأطراف لها. ويترجم لجوء الأطراف إلى هذه الطريقة نيتهم الواضحة في الحفاظ على العلاقات الودية الحسنة بينهما ومحاولة إيجاد حل بعيداً عن طريق القضاء [٤].

ويمكن للأطراف، إذا اختاروا هذا الطريق، أن يشيروا في عقدهم إلى أحكام لائحة المصالحة والتحكيم بغرفة التجار الدولية. بيد أنهم قد لا يفضلون اللجوء إلى أحكام

---

(١) مشار إليه في،
CABAS (F.),Op. cit., p. 155.

(٢) مشار إليه في،
Ibid.

(٣) شرط رقم ١٢، مشار إليه في،
PHILIPPE (D.), Op. cit., p. 251.

(٤) في هذا المعنى،
LEVAL (P), À propos de la médiation dans la vie des affaires, JCP, éd. E., 1989, 11, 15615.

هذه اللائحة؛ لأنها تفرض عليهم بعض الأحكام التي قد لا تكون مقبولة منهم. ومن هذه الأحكام مسألة تعيين المصالح. فالمختص بتعيين هذا المصالح هو السكرتير العام لمحكمة التحكيم الدولية، وليست هناك شروط يتم على أساسها اختيار هذا المصالح، فلا يشترط أن يكون هذا المصالح متخصصاً في المسائل الفنية التي يثيرها النزاع بين الأطراف [١]. ولهذا السبب قد يفضل الأطراف اللجوء إلى مصالح أو وسيط من اختيارهم تتوافر فيه الشروط التي يتطلبونها.

وقد يتفق الأطراف على اللجوء إلى خبير. وقد يتم اختيار الخبير مباشرة من الأطراف وقد يعهدون إلى شخص من الغير بتعيين هذا الخبير. والخبير من حيث الأصل شخص أو أكثر، مكلف بإجراء معاينة وكتابة تقرير عن هذه المعاينة يقدمه للأطراف أو للشخص الذي كلفه بإجراء هذه المهمة. ومع ذلك يمكن للأطراف، سواء باتفاق أصلي أو باتفاق لاحق، أن يعهدوا إلى الخبير بعمل توصية أو اقتراح بحل معين، أو بمراقبة سير المفاوضات وتحديد الأسباب الدقيقة التي أدت إلى الفشل في الوصول إلى حل. ويمكن للأطراف الاستناد إلى تقرير الخبير لتصفية العلاقات بينهم [٢].

ويوضح الفقه المزايا التي يقدمها لجوء الأطراف إلى الخبرة بأن الخبير، من ناحية، باعتباره شخصاً فنياً، يستطيع أن يوضح بشكل جيد نقاط الخلاف بين الأطراف، وإجلاء الغموض الذي قد يشوب بعض اقتراحاتهم، والنتائج العملية لهذه الاقتراحات في حالة قبولها. ومن ناحية ثانية، يمكنه أن يقدم العون الحقيقي للأطراف بأن يقدم لهم حلولاً أخرى بخلاف الحلول التي يقترحونها. فهو أقدر من غيره على تصور هذه الحلول. وهذا كله يساعد على تقريب وجهات نظر المتعاقدين [٣].

---

(١) انظر المادة الرابعة من لائحة المصالحة الاختيارية التي أعدتها غرفة التجارة الدولية في ١ يناير ١٩٨٨. والجدير بالذكر أن اختيار المصالحين في ظل لائحة المصالحة القديمة للغرفة كان يتم وفقاً للجنة مكونة من ثلاثة مصالحين من سبين المقيدين بغرفة التجارة الدولية الذين يعينهم رئيس الغرفة لمدة عامين وفقاً لأحكام المادة ١/١ من لائحة ١ يناير ١٩٥٥.

(٢) انظر في ذلك،

FOUCHARD (Ph.), L'adaptation des contrats à la conjoncture économique., op. cit., p. 73.

(٣) راجع في هذه المزايا،

DUBISSON (M.), Op. cit., p. 81.

والشروط التعاقدية التي يتفق فيها الأطراف على اللجوء إلى إعمال الخبرة متعددة. منها الشرط الذي ينص على أنه « . . . في حالة غياب الاتفاق ، من حق كل متعاقد أن يعين خبيراً اقتصادياً يساعده خبير مالي ليفحصا معا آثار اختلال العقد بسبب الظروف غير المتوقعة» [(١)].

وتنظم لائحة الخبرة الفنية لغرفة التجارة الدولية وكذلك الشرط النموذجي الخاص بها إجراءات تعيين الخبراء بشكل مرن وسريع. وتسمح هذه اللائحة للأطراف بأن يعينوا بأنفسهم هذا الغير، أو يعينه رئيس غرفة التجارة الدولية في حالة عدم اتفاق الأطراف على تعيينه [(٢)]. كما تسمح للأطراف أن يحددوا مهمة الخبير (م٧ من اللائحة)، والمصاريف التي يتكلفها اللجوء إلى إجراء الخبرة (م ٦ من اللائحة).

والطريق الأخير الذي يمكن أن يلجأ إليه الأطراف هو طريق التحكيم. ويسلك الأطراف هذا الطريق في حالة احتدام النزاع بينهم بحيث يستعصي حله بالطرق الودية.

وقد يحدد الأطراف بدقة مهمة المحكم بأن يفصل في النزاع بشكل معين محدد مسبقاً بحيث يلتزم المحكم بأن يصدر قراره في هذا الاتجاه. وقد يكون هذا الشكل هو فسخ العقد، ومثال ذلك الشرط الذي ينص على أنه « إذا استمر التأخير بسبب القوة القاهرة أكثر من ٨ أشهر ، فللطرف المضرور الحق ، في غياب اتفاق بين الأطراف، أن يطلب فسخ العقد من محكمة التحكيم » [(٣)]، واتفاقهم على أنه « إذا حدثت القوة القاهرة ، وترتب عليها التأخير أكثر من ستة أشهر، يقوم الأطراف بالتشاور حول الإجراءات الواجب اتخاذها . وفي حالة عدم وصولهم إلى اتفاق فلكل من الطرفين أن يطلب فسخ

---

(١) الشرط رقم ٣، مشار إليه في،
PHILIPPE (D.), Op. cit., p. 245.

(٢) انظر في ذلك،
DUBISSON (M.), Op. cit, p. 82.
وانظر المادة ٤/١و٢ من الشرط النموذجى للخبرة الفنية الذي أعدته الغرفة. هذا بالإضافة إلى المادة الخامسة من هذا الشرط التي تسمح لرئيس غرفة التجارة الدولية بأن يحل خبيراً جديداً محل الخبير الذي يعترض عليه الأطراف. أو يتوفي أو يعاق من تأدية عمله. ونصوص هذا الشرط النموذجى واردة في،
Lamy S. A., Contrats internationaux, Le droit applicable, Division 2, Annexe 060/ 3 - 1 - 060/ 3 - 8

(٣) مشار إليه في،
FONTAINE (M.), Op. cit., p. 231.

العقد عن طريق التحكيم »[1].

وقد يحصر الأطراف مهمة المحكم في تعديل العقد وليس فسخه. ومن أمثلة ذلك الشرط الذي ينص على أنه « في حالة فشل المفاوضات يتولى المحكم إجراء التعديل اللازم للعقد»[2]، وكذلك الذي ينص على أن « يمكن للمحكمين أن يعدلوا الشروط المتنازع عليها بالقدر الضروري لإعادة التوازن النسبي لمراكز الأطراف ....»[3].

وقد يترك الأطراف الأمر إلى المحكم لاتخاذ ما يراه مناسباً للحالة المعروضة عليه. ويجسد ذلك الشرط الذي اتفق فيه الأطراف على أنه « إذا لم يتوصل الأطراف إلى اتفاق أو أى حل بعد شهرين فإن الأمر يحال إلى التحكيم »[4]، والشرط الذي اتفق فيه الأطراف على أنه « إذا لم يتفق الطرفان في اقرب وقت ممكن ، يتم عرض النزاع على محكمة التحكيم المشار إليها في المادة .... من العقد »[5].

٢٥٨ - ٢- عدم تحديد الأطراف وصفاً للغير :

إذا لم يتفق الأطراف على وصف معين للغير الذي يستعينون به، فإن تحديد طبيعة هذا الغير يثير صعوبة جادة. وترجع الصعوبة في ذلك إلى أن هذا الغير قد يقوم بأعمال ذات طبيعة مختلطة يمكن أن يقوم بها محكم أو شخص غير محكم أيضاً. وقد عبر بعض الفقه عن الخلط الذي يمكن أن يثيره عمل الغير في هذا الحالة بقولهم « في مجال إعادة التفاوض، يمكن أن يكون الغير محكماً إذا كان هذا الغير مدعو لتقدير الخطأ المحتج به من أحد الأطراف أثناء إعادة التفاوض، ويمكن أن يسند الأطراف إلى هذا الغير مهمة

(١) مشار إليه في،

KAHN (Ph.), Op. cit., p. 482.

(٢) مشار إليه في،

FONTAINE (M.), Op. cit., p. 237.

(٣) مشار إليه في،

CABAS (F.), Op. cit., p. 155.

(٤) مشار إليه في،

FONTAINE (M.) , Op. cit., p. 230.

(٥) مشار إليه في،

KAHN (PH), Force majeure et contrats internationaux., op. cit., p. 485.

وانظر أيضاً الشرط رقم(٩) مشار إليه في،

PHILIPPE (D) , Op. cit., p. 250.

أخرى مختلفة مثل تعديل أحكام العقد وفقاً للظروف الجديدة ، فهل يتعلق الأمر في هذا الحالة بتحكيم ؟»[١].

وفي محاولتهم لتكييف عمل الغير في هذه الحالة، يقترح فقه التجارة الدولية معيارين: المعيار الأول : هو معيار وجود نزاع قضائي «Le critère du litige». ويقوم هذا المعيار على أن الغير يتصرف بصفته محكماً عندما يتدخل للفصل في نزاع نشب بين الأطراف. وبهذا يفترق المحكم عن الموفق أو المصالح الذي يمكن للأطراف اللجوء إليه لتكملة بعض أحكام العقد الناقصة، كتحديد الثمن أو نسبة الفائدة، أو لتحديد العنصر الغامض في العقد في ضوء النية الحقيقية للأطراف،أو للتوفيق بين المصالح المتعارضة لهؤلاء الأطراف[٢].

ويتمشى هذا المعيار مع عمل المحكم الذي ينظر إليه باعتباره « الغير الذي يفصل في ادعاءات الأطراف المتعارضة حول توافر شروط تطبيق أحكام « شرط إعادة التفاوض» Hardship، أو الذي تكون مهمته تقدير الأخطاء التي ارتكبها الأطراف أثناء إعادة التفاوض »[٣].

المعيار الثاني : هو معيار العمل القضائي "Le critère de l'acte judiciaire" الذي يقول به الأستاذ LEVEL و يسانده بعض الفقه[٤]. ويعتمد أنصار هذا المعيار على طبيعة القرارات الصادرة من الغير في تحديد وصفه. فالغير يتصرف باعتباره محكماً إذا دعاه الأطراف لتقدير ادعاءاتهم المتعارضة بقرار يفرضه عليهم؛ أي يكون قراره ملزماً لهم. وتطبيقاً لهذا المعيار فإن « تحديد ثمن

---

(١) انظر ،

Ibid ; OPPETIT (B.), Op. cit., p. 808.

حيث يرى أنه " من المسموح به أن نتساءل فيما إذا كان اتفاق الأطراف قد عهد إلى الغير بإجراء مراجعة للعقد، فهل هذا يعنى وجود تحكيم أم لا »

(٢) انظر،

CABAS (F.), Op. cit., p. 157.

(٣) انظر،

Ibid.

(٤) انظر في نفس المعنى،

FONTAINE (M.), Op. cit., p. 277.

على سبيل المثال لا يعد عملاً قضائياً، لأن الأطراف يدعون الغير في هذه الحالة ليتولى تحديد هذا الثمن، وليس لتقدير ادعاءاتهم المتعارضة في مسألة معينة »[1]. وقراره بتحديد الثمن غير ملزم لهم فيمكنهم طرحه جانباً.

ويعد الغير الذي يتدخل لتعديل شروط العقد أو يتولى تفسير أحد شروط هذا العقد وكيلاً مشتركاً عن الأطراف، فهو يتدخل باسم ولحساب موكليه، والقرار الذي يتخذه ليس حكماً وليس له الصفة القضائية. وإذا خالف الأطراف القرار الصادر منه، فإن هذه المخالفة تأخذ حكم مخالفة أحد أحكام العقد وتنهض المسئولية التعاقدية للطرف المخالف[2].

وفي تقديره لهذين المعيارين يرى الأستاذ OPPETIT أن تطبيقهما ليس بالأمر السهل. فإذا كان من الواضح أن هذا الغير لا يعد محكماً عندما يتدخل لتحديد أحد عناصر العقد، أو للتوفيق بين مصالح الأطراف، أو لإعداد تقرير عن إعادة التفاوض وتحديد سبب فشلها، فإن الأمر ليس بهذا الوضوح إذا تدخل الغير لتعديل أحكام العقد. فمن الممكن أن نفسر تدخل الغير بتعديل أحكام العقد بطريقتين مختلفتين. فقد يُفسر على أنه مساعدة للأطراف في الوصول إلى حل ودي ومناسب لهم. وفي هذا الفرض لا يعد هذا الغير محكماً. وقد يُفسر تدخل الغير على أن هذا الغير قد تدخل للفصل في النزاع الذي ثار بين الأطراف حول تعديل العقد ليؤيد وجه نظر أحدهما دون الآخر، وفي هذه الحالة يعد محكماً[3].

وسبب الخلاف في الفقه حول طبيعة عمل الغير الذي يقوم بتعديل العقد يفسره لنا الأستاذ « مارتي» MARTY بأنه يرجع إلى التفرقة بين عمل المحكم أو القاضي

---

(1)LEVEL (P.), À propos de la clause compromissoire, j. - cl., procedure civil, art. 1003 - 1028, Fasc.., 111, n ° 70.

(٢) انظر في هذا المعنى،

FABRE (R.), Op. cit., n° 75 ; OPPETIT (B.), Op. cit., p. 808.

وانظر أيضاً،

DAVID (R.), L'arbitrage en droit civil, technique de régulation des contrats, mélanges MARTY, p. 384 ; BERLIOZ (G.), le droit des contrats face à l'évolution économique, études en l'honneur de Roger HOUIN, D., 1985, p. 29.

(٣) انظر،

OPPETIT (B.), Op. cit., p. 809.

في النظام اللاتيني والنظام الأمريكي. ففي النظام اللاتيني يقتصر عمل المحكم أو القاضي على الفصل في نزاع قائم بين الأطراف تتعارض فيه ادعاءاتهم، ويفصل المحكم أو القاضي في هذا النزاع بحكم يحوز حجية الشيء المحكوم فيه التي لا يمكن مناقضتها إلا بالطرق القانونية . أما القانون الأمريكي فيسمح للمحكم أو القاضي بالتدخل لتكملة النقص في العقد وتفسير وتعديل أحكامه دون أن تتغير صفته كمحكم أو قاض [(١)].

ونميل من جانبنا إلى القول بأن الغير الذي يتدخل لتعديل أحكام العقد، أياً كان سبب هذا التدخل. يعد محكماً ولا تتغير صفته. وإذا كان من الصحيح أن المحكم في هذه الحالة يمارس عملاً لا يدخل بصفة عامة في العمل المعتاد للمحكم أو للقاضي ، فإن هذا العمل المختلف تقتضيه طبيعة المعاملات في عقود التجارة الدولية، التي تقتضي تبنى كثير من المبادئ والأفكار القانونية التي تختلف في طبيعتها عن المبادئ والقواعد المطبقة في المعاملات الداخلية. فالأهمية التي تمثلها هذه العقود، وتكلفتها العالية تحث الأطراف والمحكمين دائماً على الحفاظ على العقد. فتدخل المحكم لتعديل العقد نابع من طبيعة هذه العقود، ولا يكون سبباً في تعديل وصفه. هذا بالإضافة إلى أن بعض القوانين الوطنية تعطي القاضي الحق في تعديل أحكام العقد لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول تطبيقاً لنظرية الظروف الطارئة دون أن يتغير وصف القاضي في هذه الحالة [(٢)].

---

(١) راجع في ذلك،

MARTY (L.), in " Le problème du long terme " , op. cit., p. 157.

(٢) انظر على سبيل المثال، المادة ٢/١٤٧ من القانون المدني المصري.

المطلب الثاني
عدم اتفاق الأطراف على مصير العقد

٢٥٩- يختلف فقهاء التجارة الدولية حول المصير الذي يلقاه العقد إذا لم يتوصل الأطراف إلى اتفاق معين، كما أنهم يختلفون حول مدى إعطاء المحكم المفوض بالصلح سلطة تعديل أحكام العقد في هذه الحالة.

وسوف نعرض في هذا المطلب لهاتين المسألتين على التوالي.

٢٦٠- أولاً : اختلاف الفقه حول مصير العقد في حالة عدم اتفاق الأطراف:

تتنوع أراء الفقه في هذا الصدد؛ فمنها ما يؤيد استمرار العقد الأصلي بنفس شروطه السابقة، ومنها ما ينحاز إلى اللجوء إلى التحكيم ، ومنها أخيرا ما يتشيع لفسخ العقد.

٢٦١ - ١ - استمرار العقد الأصلي في السريان :

ينتصر بعض الفقه للقول بأنه في حالة فشل المفاوضات بسبب لا يرجع إلى إرادة أحد المتعاقدين، فإن الحل المنطقي الذي يجب أن ينطبق في هذه الحالة هو بقاء العقد الأصلي بحالته السابقة على إعادة التفاوض، وبنفس النصوص الواردة فيه [١]. « ففي حالة غياب الاتفاق بين الأطراف على تعديل العقد، يجب أن نقرر من حيث المبدأ أن العقد يبقى مطبقا بكل نصوصه إلا إذا وجد نص يخالف ذلك » [٢].

وتتبنى بعض قرارات التحكيم الدولي هذا الحل. ففي القضية رقم ٢٤٧٨ لسنة ١٩٧٤ رفضت المحكمة ادعاء الشركة الرومانية بأن الملحق رقم ٣ يعطيها الحق في فسخ العقد في حالة عدم وصولها إلى اتفاق مع الطرف الآخر حول الإجراءات التي يمكن اتخاذها نتيجة التغيرات في سعر الدولار وسعر الفرنك الفرنسي، وأن العقد الأصلي لا يمكن أن

---

(١) انظر على سبيل المثال،

FONTAINE (M.), Op. cit., p. 272ý ; CABAS (F.), Op. cit., p. 144.

(٢) انظر،

OPPETIT (B.), Op. cit., p. 841.

يستمر بنفس شروطه الأولى [١]. ورأت الهيئة أن هذا الملحق لا يعطى للشركة الرومانية إلا الحق في التفاوض مع المتعاقد الآخر، وأنه في حالة فشل المفاوضات بين الأطراف يجب أن يستمر العقد الأصلي وليس هناك ما يوجب الامتناع عن تسليم الكميات المتفق عليها من البترول [٢].

ويبرر الأستاذ « كاباس » CABAS استمرار العقد في حالة فشل الأطراف في التفاوض بأن " شرط إعادة التفاوض" Hardship يهدف في المقام الأول إلى الحفاظ على العقد ومتابعة العلاقات بين الأطراف. فهو يتجه إلى استبعاد الفسخ بأقصى قدر ممكن. فتمشياً مع روح الشرط، وتحقيقاً للأهداف المرجوة منه، يجب القول بأنه في حالة فشل الأطراف يستمر العقد الأصلي في السريان [٣].

٢٦٢- ٢- اللجوء إلى التحكيم :

يذهب بعض الفقه إلى أن الحل الذي يجب اتباعه في هذه الحالة هو لجوء الأطراف إلى التحكيم. وعلى المحكم أن يفصل في كل أوجه النزاع بين الأطراف. وللمحكم في هذه الحالة أن يتخذ ما يراه مناسباً للموقف. فقد ينتهي إلى تعديل أحكام العقد أو إلى فسخه إذا دعته الضرورة إلى ذلك [٤].

وقد تبنت الشروط العامة للبيع التي أعدتها اللجنة الاقتصادية لأوربا التابعة للأمم المتحدة وكذلك التعديلات الواردة عليها هذا الحل خاصة في الشرط رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٣ [٥].

---

(١) قرار غرفة التجارة الدولية. وارد في المجموعة الأولى من القرارات، ص ٢٣٣، وما يليها.

(٢) القرار السابق، ص ٢٣٤ من المجموعة الأولى للقرارات، وانظر أيضاً ملحوظة الأستاذ « ديران » DERAINS (Y.) على هذا القرار، ص ٢٣٥.

(٣) راجع،

CABAS (F.), Op. cit. p. 157.

(٤) انظر على سبيل المثال،

LE ROY (D.), Op. cit., p. 560.

(٥) انظر في هذه الشروط والتعديلات الوارد عليها،

LOUSSOUARN (Y.) et BREDIN (N. - D.), Droit du commerce international, Sirey, paris,=
=1969, p. 944.

ويظهر هذا الحل في الشرط النموذجي الذي أعده الأستاذ « روبليه » ROBLET رئيس اللجنة الفرنسية للتحكيم لمعالجة مختلف المشكلات التي تنتج عن عدم اتفاق الأطراف على حل معين أثناء إعادة التفاوض. فقد تضمن هذا الشرط حلاً من خطوتين في حالة عدم وصول الأطراف إلى اتفاق. وتتمثل الخطوة الأولى في لجوء الأطراف إلى وسيط يذلل لهم الصعوبات التي أدت إلى فشل المفاوضات وتقريب وجهات نظرهم للوصول إلى حل. ويكون قرار هذا الوسيط غير ملزم، وإنما على سبيل الاسترشاد. أما الخطوة الثانية، فيكون اللجوء إليها في حالة فشل الخطوة الأولى، وتتمثل في لجوء الأطراف إلى التحكيم الذي يفصل في الأمر بقرار ملزم للأطراف [١].

ويختلف بعض الفقه في مهمة المحكم الذي يتم اللجوء إليه في هذه الحالة. فالبعض منهم يرى أن مهمة المحكم تنحصر في إعلان فسخ العقد، وأن يأخذ في اعتباره ما قد تم تنفيذه في الفترة السابقة، وليس للمحكم سلطة تعديل العقد [٢]. أما البعض الأخر فيرى أن المحكم يتمتع بسلطة تقديرية، فقد يعلن فسخ العقد وقد يقوم بتعديل بعض أحكامه بحيث يرفع الضرر الفادح الذي تعرض له الطرف الذي تأثر التزامه بالأحداث التي وقعت [٣].

٢٦٣- ٣- فسخ العقد :

يتشيع بعض الفقه لحل فسخ العقد، ويرونه أكثر الحلول منطقية في هذه الحالة [٤]. بل ويذهب البعض إلى أبعد من ذلك فقرر أن عملية إعادة التفاوض تتضمن في ذاتها إنهاء العقد بشكل ودي في حالة عدم وصول الأطراف إلى

---

(١) شرط مشار إليه في،

CABAS (F.), Op. cit., p. 163.

(٢) راجع،

LE ROY (D.), Op. cit., p. 561.

(٣) انظر،

WALDE (T.), Stabilité du contrat, Reglement des litiges et renégociation,mécanisme en faveur d'une communaute d'intérêts dans la coopération internationale pour le développement des ressources minerales, Rev. arb, 1981, p. 222 et s.

(٤) انظر،

SOUCHON (C.), Op. cit., p. 32.

اتفاق[1].

٢٦٣ مكرر - رأينا في الموضوع :

نميل إلى الرأي الثاني الذي يرى ضرورة اللجوء إلى التحكيم في حالة عدم توصل الأطراف إلى اتفاق مشترك. فلا يمكننا التسليم بما يراه الأستاذ « كاباس » من ضرورة سريان العقد الأصلي بنفس شروطه السابقة على أساس ما يراه من أن سريان العقد في هذه الحالة يتمشى مع روح شرط إعادة التفاوض.

فالأطراف قد اتفقوا من البداية على إعادة التفاوض في العقد، سواء في حالة وقوع حدث القوة القاهرة أو حدث الـ Hardship ، لأنهم قدروا عدم إمكانهم الاستمرار في تنفيذ العقد بشروطه الأصلية في حالة وقوع هذه الأحداث؛ أي انهم رأوا أن إعادة التفاوض هى الوسيلة الأنسب لرفع العنت والضرر الفادح الذي قد يتحمله أحدهم نتيجة تغير هذه الظروف. فإذا فشل الأطراف في الوصول إلى حل سواء إيجابي بتعديل العقد أو سلبي بفسخه، فكيف يكون الاستمرار في العقد هو الحل الأمثل الذي يتمشى مع روح الشرط ؟

هذا بالإضافة إلى أن فسخ العقد يعتبر حلاً غير مقبول. فهذا الحل سيفتح الباب على مصراعيه للتخلص من العلاقات كلما استشعر الأطراف أنهم سوف يتحملون ولو قدراً قليلاً من التضحيات في سبيل تنفيذ التزاماتهم العقدية.

لذا فحل اللجوء إلى التحكيم يعد الحل الأنسب من وجهة نظرنا في هذه الحالة، مع إعطاء المحكم الحرية الكاملة في تقدير الإجراء الذي يمكن أن يتخذه. ولا يشترط للجوء إلى التحكيم في هذه الحالة أن يتفق الأطراف على اللجوء إلى هذه الوسيلة في حالة عدم الوصول إلى اتفاق خلال فترة التفاوض، فيكفي وجود نص تحكيم عام في العقد يسمح باللجوء إلى هذه الوسيلة.

٢٦٤- ثانياً : هل يجوز للمحكم المفوض بالصلح أو المحكم بالعدالة أن يعدل العقد ؟

أوضحنا سابقاً[2] أن المحكم الذي يلزمه الأطراف بالفصل في النزاع وفقاً لأحكام

---

(١) انظر في ذلك،

VATINET (R.), Op. cit., p. 76 ; LE FICHANT (F.), Op. cit., p. 460.

(٢) انظر سابقاً ، بند ٥٢.

قانون معين- والذي يطلق عليه « المحكم بالقانون » - لا يجوز له تعديل أحكام العقد ما لم يتفق الأطراف صراحة على منحه سلطة التعديل. وقضاء التحكيم يعلن دائماً هيمنة وسيطرة مبدأ العقد شريعة المتعاقدين ويرفض تعديل العقد ما دام الأطراف لم يتفقوا على هذا التعديل. ويفسر المحكمون سكوت الأطراف وعدم اتفاقهم على التعديل بأنه قبول منهم للمخاطر التي قد تنتج من تغير الظروف أثناء تنفيذ العقد [١].

وإذا كان الوضع كذلك بالنسبة للمحكم بالقانون، فنحن نتساءل هل يختلف الوضع بالنسبة للمحكم المفوض بالصلح L'amiable composition خاصة في حالة عدم وصول الأطراف إلى اتفاق معين ؟ ألا تمكنه سلطة الفصل بالعدالة من أن يستند إلى قواعد العدالة والإنصاف ويقوم بنفسه بتعديل العقد ما دام الأطراف لم يتمكنوا من القيام بهذا التعديل ؟

وقبل أن نجيب على هذا التساؤل يجب أن نوضح أولاً المقصود بالمحكم المفوض بالصلح.

٢٦٥- ١- المقصود بالتحكيم مع التفويض بالصلح : [٢]

المحكم المفوض بالصلح أو المحكم بالعدالة هو المحكم الذي يفصل في النزاع دون أن يلتزم بتطبيق أحكام قانون معين على هذا النزاع، فله أن يرجع إلى قواعد العدالة والإنصاف ويطرح جانباً نصوص القانون المطبق على العقد. ويستمد المحكم بالصلح هذه السلطة من

---

(١) في هذا المعنى،

LOQUIN (E.), Les pouvoirs des arbitres internationaux à la lumière de l'évolution récente du droit de l'arbitrage international, JDI, 1993, p. 344.

(٢) يرى الأستاذ « لوكا » LOQUIN أن فكرة التحكيم مع التفويض بالصلح ترجع إلى القانون الروماني، أما المصطلح ذاته فلم يظهر إلا في منتصف القرن الثالث عشر على يد فقهاء الكنيسة. انظر،

LOQUIN (E.), L'amiable composition en droit comparé et international, th., Dijon. .1978, n° 5, p. 8 et n° 7, p. 9

وانظر في التطور التاريخي لهذه الفكرة في الشرائع المختلفة، د. بهاء هلال دسوقي، قانون التجار الدولي، المرجع السابق، ص ١٤٦ وما يليها.

وستكون معالجتنا لهذا الموضوع قاصرة على القدر الذي يعطي نبذة بسيطة عن الموضوع بما يتناسب مع عرضها= هنا. ونحيل لدراسة أعمق لهذه الفكرة إلى المؤلفات والمقالات سواء باللغة العربية أو الفرنسية الواردة في هذه الصفحات.

إرادة الأطراف، فيجب أن يتفقوا صراحة على تخويل المحكم هذه السلطة.

ويفضل الفقه تعريف سلطة التحكيم مع التفويض بالصلح بطريقة سلبية: أي أنها السلطة التي تمنح للمحكمين من قبل الأطراف وتسمح لهم باستبعاد نصوص القانون المطبق لصالح قواعد العدالة والإنصاف [١] أو المبادئ العامة للقانون [٢].

وتتواتر قرارات التحكيم الدولي أيضاً على تعريف سلطة التحكيم مع التفويض بالصلح بطريقة سلبية، فقد عرفته هيئة التحكيم في أحد قراراتها بأنه « التحكيم مع التفويض بالصلح يمنح المحكمين سلطة استبعاد نصوص قانون معين لصالح عوامل أخرى، كقواعد العدالة والإنصاف، ويسمح لهم بأن يأخذوا في اعتبارهم ظروف الواقع التي قد تكون سياسية أو اقتصادية» [٣]

والجدير بالذكر أن سلطة التحكيم بالعدالة أو التحكيم بالصلح لا تعني بالضرورة أن المحكم سيستبعد أحكام القانون المطبق على العقد. فقد ينتهي المحكم إلى أن نصوص هذا القانون تتمشى مع العدالة ومن ثم يطبقها من هذا المنظور. وقد ينتهي بالمقابل إلى أن القواعد التي يتضمنها هذا القانون تجافي العدالة وينتهي إلى استبعادها. وفي هذه الحالة الأخير له أن يستند إلى قواعد العدالة ذاتها أو المبادئ العامة للقانون، أى أنها سلطة تمكنه من استبعاد نصوص القانون المطبق وليست بالضرورة استبعاداً لنصوص هذا القانون.

---

(١) انظر في ذلك.

LOQUIN (E.), Op. cit., n ° 548, p. 404 ; GAILLARD (E.), Op. cit., p. 20 ; CARBONNIER (J.), Les renonciation aux bénéficies de la loi en droit privé, Trav. Ass. H. CAPITANT, 1959 - 1960, p. 285 ; FOUCHARD (Ph.), Introduction de l'arbitrage international, Rev. arb., 1981, p. 449.

(٢) راجع.

GOLDMAN (B.), La lex *mercatoria dans les contrats et arbitrage internationaux.*, Op. cit., p. 480.

(٣) قرار غرفة التجارة الدولية رقم ٣٣٢٧ لسنة ١٩٨١، وارد في،

JDI, 1981, p. 971, Obs., DERAINS (Y.).

وانظر أيضاً، قرار غرفة التجارة الدولية الصادر في القضية رقم ٤٩٧٢ لسنة ١٩٨٩، وارد في،

JDI, 1989, p. 1101, obs., DERAINS (Y.).

ويختلف الفقه في التسمية الصحيحة للمحكم الذي يتمتع بسلطة الفصل وفقاً لقواعد العدالة. فالبعض يسميه المحكم بالصلح أو المحكم بالعدالة لاستناده إلى قواعد العدالة عندما يفصل في النزاع [١]، أو المحكم المفوض بالصلح [٢].

و يطلق البعض على هذا النوع من التحكيم، التحكيم الطليق حيث لا تتقيد هيئة التحكيم بتطبيق أحكام قانون معين [٣]. ويطلق عليه البعض التحكيم بالصلح في مقابل التحكيم بالقضاء الذي يلتزم فيه المحكم بتطبيق أحكام قانون معين [٤].

ويفسر الأستاذ « لوكا» LOQUIN في رسالته عن التحكيم مع التفويض بالصلح في القانون المقارن والقانون الدولي عام ١٩٧٨ معنى مصطلح L'amiable composition بأن مصطلح composition مرادف لكلمة (تسوية) Arrangement، ومصطلح amiable يعني استبعاد أى نزاع أو مجادلة بين الأطراف أى "ودى". ويكون معنى المصطلح المحكم الذي يعتبر وكيلاً عن الأطراف بإجراء التسوية والتصالح بينهم [٥].

وتأخذ بعض القوانين الوطنية وغالبية اتفاقيات التجارة الدولية بفكرة التحكيم مع

---

(١) انظر في هذا التسمية،

LOQUIN (E.), Op. cit., n ° 13, p. 17 ; OPPETIE (B.), Op. cit., p. 821.

(٢) د. ناجى عبد المؤمن، عقود لتجارة الدولية طويلة المدة، المرجع السابق، ص ٦٦ ؛ د. إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، ١٩٩٧، ص ١٨٤.

(٣) د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الطليق، بند ٢٥٣، ص٢٤١.

(٤) د. كمال إبراهيم، التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، ١٩٩١، بند ٥٣، ص ٩٦ ؛ د. عبد الحميد الشواربي، التحكيم والتصالح في ضوء الفقه والقضاء والتشريع، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٩٦، ص ٢٥ ؛ وانظر أيضاً،

DERAINS (Y.), Chronoique de jurisprudence de la CCI, JDI, 1975, p. 920.

(٥) انظر.

LOQUIN (E.), Op. cit., n° 4, p. 7.

ومع ذلك ينتقد بعض الفقه تسمية المحكم الذي يحكم بالعدالة المحكم المفوض بالصلح. ويرون أن " تسمية المحكم= =غير المقيد بالتزام أحكام كل من القانون الموضوعي والإجرائي المحكم المفوض بالصلح تسمية غير موفقة للغاية، وذلك نظراً لاختلاف الدور الذي يقوم به كل منهما. فالمحكم غير المقيد بالقانون (الطليق) هو الذي يفرض حلاً في النهاية على الأطراف، أما المحكم المفوض بالصلح لا يفرض هذا الحل عليهم لأن الحل يكون نابعاً من إرادتهم ". انظر، د. عزمي عبد الفتاح، التحكيم الداخلي، بند ١٤٩، ص ١٤٨، مشار إليه في، د. عاشور مبروك، النظام الإجرائي لخصومة التحكيم، الطبعة الثانية، مكتبة الجلاء بالمنصورة، ١٩٩٨، هامش (٦)، ص ١١١.

و من جانبنا لا نوافق على هذا النقد الموجه إلى مصطلح التحكيم مع التفويض بالصلح. ففي رأينا لا يكمن الفارق=

التفويض بالصلح أو التحكيم بالعدالة [1]. ويعتبر قانون التحكيم المصرى الجديد رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ خير مثال على هذه القوانين حيث ينص في المادة ٤/٣٩ منه على أنه « يجوز لهيئة التحكيم - إذا اتفق طرفا التحكيم صراحة على تفويضها بالصلح - أن تفصل في

=بين المحكم الملزم بتطبيق أحكام قانون معين على النزاع المعروض عليه (المسمى المحكم بالقانون»، وبين المحكم الذي يتمتع بحرية استبعاد نصوص القانون المطبق استناداً إلى المبادئ العامة للقانون وقواعد العدالة (والمسمى المحكم المفوض الصلح) في إصدار هذا المحكم أو ذلك قراراً ملزماً أو غير ملزم للأطراف، أو أن القرار في حالة المحكم المفوض بالصلح يرجع إلى إرادة الأطراف، بينما قرار المحكم بالقانون يرجع إلى المحكم الذي يفرضه على الأطراف. وانما يكمن في المصدر الذي يستقي منه المحكم القاعدة القانونية التي يطبقها على موضوع النزاع. فالمحكم بالقانون ملزم باحترام نصوص القانون الذي اختاره الأطراف، أو الذي عينته قاعدة التنازع في حالة تطبيقها، وهو ملزم بتطبيق هذه القاعدة حتى ولو كان تطبيقها لا يتمشى مع العدالة في بعض الحالات، كأن يترتب عليها مثلاً عدم تدخل المحكم لتعديل أحكام العقد لرفع العنت أو الضرر الشديد الذي يتحمله أحد الأطراف من جراء تنفيذ العقد. أما المحكم بالعدالة أو المحكم المفوض بالصلح فلديه أكثر من مصدر يمكنه أن يستقي منها حكمه، فقد يستقي هذا الحكم من نصوص قانون معين، أو من المبادئ العامة للقانون، أو من مبادئ العدالة والإنصاف، أو من عادات وأعراف المهنة. والقرار الذي يصدره المحكم بالقانون أو المحكم بالعدالة قرار يرجع إلى المحكم وليس إلى إرادة الأطراف، ويكون هذا القرار ملزماً لهم من حيث الأصل إلا إذا اتفقوا على غير ذلك.

(١) من القوانين الوطنية التي تأخذ بهذه الفكرة، قانون المرافعات الفرنسي الجديد وذلك في المادة ١٤٧٤ المتعلقة بالتحكيم الداخلي، وفي المادة ١٤٩٧ المتعلقة بالتحكيم الدولي. انظر،

LÉ CAYER - THIEFFRY (Ch.) et THIEFFRY (P.), L'évolution du cadre législatif de l'arbitrage commercial international dans les annés 1980, JDI, 1991, p. 951.

وانظر أيضاً،

Cass. civ., 2° ch., 12 mai 1991, Bull. Civ., 11, n° 145.

ومن هذه القوانين أيضاً القانون الدولي الخاص السويسري في المادة ٢/١٨٧ منه. انظر،

GAILLARD (E.), Arbitrage commercial international., op. cit., p. 21.

ومن اتفاقيات التجارة الدولية، اتفاقية جنيف ١٩٦١؛ إذ تنص المادة السابعة منها على أن " يفصل المحكمون في النزاع بمقتضى العدالة المعهودة إليهم بإرادة الأطراف أو بمقتضى القانون الواجب التطبيق ". وينظم أيضاً هذه الفكرة القانون النموذجى للتحكيم الذي أعدته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولي C. N. U. D. C. I وخاصة في المادة ٢٨/ ٣،٤. فتنص الفقرة الثالثة على أن " تفصل المحكمة بمقتضى العدالة لو عبر الأطراف عن ذلك صراحة في العقد ". وتنص الفقرة الرابعة على أنه " في جميع الحالات تقضى محكمة التحكيم وفقاً لنصوص العقد وتأخذ في اعتبارها عادات التجارة التي تطبق على المعاملات ". وتأخذ به أيضاً لائحة المصالحة والتحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية الصادرة في ١٩٨٨/١/١ والتي تنص في المادة ٤/١٣ منها على أن " يفصل المحكم في النزاع باعتباره محكماً مفوضاً بالصلح إذا اتفق الأطراف على ذلك ".

موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون »[1].

٢٦٦- ٢- مدى سلطة المحكم المفوض بالصلح في تعديل العقد في حالة فشل الأطراف:

وإذا كان الوضع على ما سبق بيانه بالنسبة للمحكم بالقانون، ألا يختلف الأمر بالنسبة للمحكم بالعدالة ؟[2]. ألا يمكن اعتبار أن عدم تقيد المحكم بالعدالة بأحكام القانون المطبق ميزة تسمح له بإجراء تعديل للعقد في حالة اختلاف الأطراف عند إعادة التفاوض ؟

تنقسم أراء الفقه بخصوص هذه المسألة إلى اتجاهين:

٢٦٧- الاتجاه الأول : وهو الاتجاه المضيق، وسمى كذلك لأنه يضيق من سلطات المحكم المفوض بالصلح ولا يمدها إلى مراجعة العقد. فأنصار هذا الاتجاه يرون أن حدود سلطة هذا المحكم تقف عند احترام النصوص التعاقدية، ولا تمتد إلى تعديل العقد في حالة فشل الأطراف في المفاوضات التي تجرى بينهما بصدد هذا التعديل.

ولا ينكر أصحاب هذا الاتجاه السلطات العديدة التي يتمتع بها المحكم بالعدالة والتي تميزه عن القاضي الوطني، وكذلك المحكم بالقانون، فهذا المحكم يستطيع أن يخفف من شدة القواعد المتعلقة بالإثبات[3]، ويستطيع أيضا أن يمارس سلطة تعديل بمناسبة تطبيق الشروط التعاقدية أو بمناسبة تطبيق الجزاء المترتب على مخالفة هذه الشروط[4]. كما يستطيع أن يخفف أو يستبعد نتائج التطبيق المتشدد لشرط أو لآخر من شروط

---

(١) المادة ٤/٣٩ من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بشأن إصدار قانون في شان التحكيم في المواد المدنية والتجارية، الجريدة الرسمية، العدد ١٦ (تابع) الصادر في ٢١ أبريل ١٩٩٤، ص ٣ – ١٩.

(٢) تعتبر فكرة المحكم بالعدالة من أصل فرنسي، وتعرفها أيضاً قوانين الدول الأوربية. انظر في ذلك،
GAILLARD (E.), Arbitrage commercial international, op. cit., p. 21.
ففي القانون الفرنسي تنص المادة ١٤٩٧ من قانون المرافعات الجديد على أنه " يفصل المحكم في النزاع باعتباره محكماً بالعدالة، لو عهد له اتفاق الأطراف هذه المهمة ".

(٣) انظر في ذلك، قرار التحكيم الصادر من غرفة التجارة الدولية، القضية رقم ٢٥٠٢ لسنة ١٩٧٧، الوارد في،
JDI, 1978, p. 989.

(٤) راجع،
LOQUIN (E.), Op. cit., p. 344.

العقد إذا ظهر له أن هذا التطبيق غير مقبول من وجهة نظر العدالة[1].

ومع اعتراف هؤلاء الفقهاء بهذه السلطات التي يتمتع بها المحكم بالعدالة إلا أنهم يتفقون في أن هذه السلطات لاتصل إلى حد تعديل العقد. « فلو أن القاضي أو المحكم يستطيع في شرط « تغير القيمة على أساس مؤشر أو أكثر» Indexation أن يحل مؤشراً أو دليلاً صحيحاً بدلا من دليل باطل أو يوجد دليلاً بدلاً من الدليل الذي اختفى، فإنه لا يستطيع مراجعة العقد،لأنه لو قام بذلك سيحل إرادته محل إرادة الأطراف وهم المختصون من حيث الأصل بهذه المراجعة »[2].

ويعبر الأستاذ « روبير» ROBERT عن ذلك في تعليقه على الحكم الصادر من محكمة استئناف باريس في ١٤ يونيو ١٩٧٧ بقوله " لا يجوز للمحكم بالعدالة أن يغير اتفاق الأطراف ولا أن يتجاوز السلطات المعهودة إليه » "[3].

٢٦٨- وعدم منح المحكم بالعدالة سلطة مراجعة العقد في حالة فشل الأطراف مبدأ تؤكده بعض قرارات التحكيم التجاري الدولي. ففي القرار الصادر في القضية رقم ٢٧٩٤ أكد المحكمون أن « لا يجب على المحكمين أن يجروا توازناً تعاقدياً جديداً ولا أن يحلوا أنفسهم محل الأطراف الذين فشلوا في المفاوضات في العقد ». ولا يتغير الأمر بالنسبة للمحكم بالعدالة حيث تؤكد هيئة التحكيم على أنه « حتى ولو بصفتهم محكمين بالعدالة، فلا يجوز لهم أن يجروا تعديلا للعقد »[4]. وهذا ما أكده أيضا القرار الصادر في القضية رقم ٣٩٣٨ لسنة ١٩٨٢ حيث أشار المحكمون في هذه القضية إلى أن « المحكم بالعدالة، يستطيع، على الأكثر، أن يصحح الخلل الذي يمكن أن ينتج عن تطبيق القواعد الموضوعية

---

(١) انظر،

FOUCHARD (Ph.), L'adaptation des contrats à la conjoncteur économique, op. cit., p. 81.

(٢) انظر،

SOUCHON (Ch.), Op. cit., p. 30.

(٣) انظر في هذا التعليق،

Rev. arb., 1977, p. 281

وانظر في نفس المعنى،

BREDIN (J. - D.), L'amiable composition et le contrat, Rev. arb., 1984, p. 259 ; LOQUIN (E.), OP. cit., p. 208 .

(٤) قرار غرفة التحكيم الصادر في القضية رقم ٢٧٩٤ لسنة ١٩٧٧، وارد في،

JDI, 1978, p. 985.

للقانون على ظروف الواقعة »[١]. وأكد المحكمون في هذه القضية على أن سلطات المحكم بالعدالة لا تمتد إلى العقد أو إلى أي تنظيمات أدرجها الأطراف في عقودهم بل يظل ملتزما بأحكام العقد[٢]. وأكد ذلك أيضاً قول هيئة التحكيم في القضية رقم ٣٢٦٧ لسنة ١٩٧٩ « أنه مبدأ مقبول بصفة عامة في قضاء التحكيم الدولي، أن الواجب الأول الذي يقع على المحكمين باعتبارهم محكمين بالعدالة هو أن يطبقوا اتفاق الأطراف دون أن يخرجوا عليه »[٣].

ويسير على هذا النهج أيضا القضاء الوطني المتعلق بالمحكم بالعدالة. وتطبيق ذلك نجده واضحاً في حكم الاستئناف الصادر من محكمة باريس في ٢٨ سبتمبر ١٩٧٦ في النزاع الذي نشب بين شركة E.D.F وشركة SHELL الفرنسيتين سنة ١٩٧٤. فعلى أثر عدم اتفاق الأطراف على حل معين أثناء التفاوض الذي تم بينهم، فرضت عليهم المحكمة أن يقوموا بتفاوض جديد في وجود مراقب مهمته مساعدة الأطراف في الوصول إلى حل لتعديل أحكام العقد. وفي حالة فشل التفاوض الجديد احتفظت المحكمة لنفسها بالحق في إلغاء العقد أو فرض الصيغة المقترحة من المراقب في التعديل »[٤].

والجدير بالذكر أنه في هذه القضية قررت محكمة الاستئناف أنه في حالة فشل الأطراف في إعادة التفاوض، فإن المحكمة لا يمكن أن تقوم بنفسها بمراجعة العقد إلا بشرطين: الأول، أن يكون الأطراف قد أوضحوا إرادتهم في استمرار العلاقة التعاقدية بينهم. والثاني، أن تظهر الصيغة الجديدة المفروضة على أنها تعديل بسيط للعقد لا يمس جوهره الاقتصادي[٥].

ويؤكد ذلك أيضاً حكم استئناف باريس الصادر في ٢٨ فبراير ١٩٨٠. ففي هذه

---

(١) قرار التحكيم الصادر من غرفة التجارة الدولية، القضية رقم ٣٩٣٨ لسنة ١٩٨٢، وارد في،
JDI, 1984, p.9 26, obs., JARVIN (S.)

(٢) انظر في ذلك،
OSMAN (F.), Op. cit., p. 172.

(٣) قرار غرفة التجارة الدولية، القضية رقم ٣٢٦٧ لسنة ١٩٧٩، وارد في،
JDI, 1980, p. 966, obs. DERAINS (Y.).

(٤) حكم استئناف باريس، الغرفة الأولى، ٢٨ سبتمبر ١٩٧٦، وارد في،
JCP, 1978, 11, 18810, Note ROBERT (J.).

(٥) انظر في ذلك، =

القضية أكد القاضي أن « سلطة المحكمين بالعدالة لا تسمح لهم بأن يجروا توازناً تعاقدياً جديداً، ولا يجوز لهم أن يحلوا أنفسهم محل الأطراف الذين فشلوا في عملية التفاوض في العقد » [(١)]. وفي تعليقه علي هذا الحكم، أشار الأستاذ « لوكا » LOQUIN إلي أن «محكمة الاستئناف أكدت أنه ليس للمحكم بالعدالة أن يحل نفسه محل الأطراف الذين فشلوا في عملية التفاوض أو أن يعدل اقتصاد العقد حتى ولو لجعله عادلاً » [(٢)].

وهذه الوجهة من النظر تأكدت أيضاً في الأحكام الحديثة الصادرة من محكمة استئناف باريس خاصة الصادرة في ٦ يناير ١٩٨٤و١٥ مارس ١٩٨٤، والحكم الصادر في ١٢ مارس ١٩٨٥ [(٣)]. وتشير المحكمة في هذا الحكم الأخير إلى أن « للمحكم بالعدالة سلطة استبعاد التطبيق الضيق لشروط العقد ... ويستطيع أن يغير أو يعدل نتائج تطبيق بعض الشروط التعاقدية وفقاً لاعتبارات العدالة التي تستمد من ظروف الواقع، ومع ذلك لا يستطيع أن يجري إعادة تفاوض بالمعنى الحقيقي ويعدل شروط العقد » [(٤)].

٢٦٩- <u>الاتجاه الثاني</u> : ويسمى الاتجاه الموسع. وينهض هذا الاتجاه، على خلاف الاتجاه الأول، على أن المحكم بالعدالة يتمتع بسلطة مراجعة العقد في حالة عدم وصول الأطراف إلى اتفاق أثناء إعادة التفاوض في العقد. فالمحكم بالعدالة أو المحكم المفوض بالصلح يزن الأمور بمعيار العدالة، وقد تقوده قواعد العدالة والإنصاف والمبادئ العامة للقانون إلى تعديل بعض شروط العقد حتى يرفع العنت الذي يتحمله أحد المتعاقدين أثناء تنفيذ العقد من جراء تغير الظروف [(٥)]. بل ذهب البعض

=CABAS (F.), Op. cit., p. 164.

(١) حكم استئناف باريس، الغرفة المدنية الأولى، ٢٨ فبراير ١٩٨٠، وارد في،
Rev. arb., 1980, pp. 538 - 553.

(٢) انظر ملحوظة E(LOQUIN.) على الحكم السابق، نفس الموضع السابق.

(٣) انظر في تفصيل هذه الأحكام،
Rev. arb., 1985, p. 272 , p. 285 et p. 299.

وانظر في التعليق عليها،
LOQUIN (E.), Pouvoirs et devoirs de l'amiable compositeur. À propos de trois arrêts de la cour de l'appel de paris, rev. arb., 1985, pp. 199 - 230.

(٤) محكمة استئناف باريس، حكم ١٢ مارس ١٩٨٥، ص ٢٩٩.

(٥) انظر في ذلك،
FOUCHARD (Ph.), Op. cit., p. 81 ; GAILLARD (E.), Op. cit., p. 21.

إلى القول بأن « الهدف من إدراج شرط التحكيم بالعدالة هو منح المحكم سلطة تعديل العقد التي لا يملكها المحكم بالقانون »[1].

ويرد أنصار هذا الاتجاه على حجة الاتجاه الرافض منح المحكم هذه السلطة، والتي تتمثل في أن تعديل العقد لا يعد عملاً قضائياً ويعتبر المحكم في هذه الحالة وكيلاً عن الأطراف وليس محكماً. بأن عمل المحكم أو القاضي لا يقتصر على تحديد من معه الحق ومن ليس معه، وإنما يمتد إلى إقامة العدالة التعاقدية بين الأطراف عن طريق تعديل بعض أحكام العقد[2].

ومن قرارات التحكيم التي تؤيد هذا الاتجاه، القرار الصادر في القضية رقم ٣٢٦٧ سالفة الذكر. فبعد أن أكد المحكمون على أن المحكم بالعدالة عليه أن يلتزم بتطبيق اتفاق الأطراف ولا يجوز له تعديل أحكام العقد، منح المحكمون المحكم بالعدالة سلطة التعديل في الفرض الذي تظهر فيه الشروط التعاقدية مخالفة لنية الأطراف الحقيقية[3].

واستناداً إلي عبارة « النية الحقيقة للأطراف » تساءل البعض « ألا يجب أن نرى في هذا التحفظ ميلاداً لسلطة استثنائية بتعديل العقد يتمتع بها المحكم بالعدالة؟ »[4]. ويرى أنصار هذا الرأى أن هذه السلطة تكون ممكنة خاصة عندما تؤدي التغيرات في الظروف الخارجية إلي اختلال توازن العقد ويترتب عليها نتائج مخالفة بشكل واضح لنية الأطراف. فالمراجعة تقود إلي إعادة التوازن التعاقدي الأساسي الذي أراده الأطراف ولا تصطدم بخصائص الوظيفة القضائية التي يقوم بها المحكم في الأصل[5].

---

(١) ملحوظة الأستاذ MEZGER (E.)، على حكم استئناف باريس، ١٠ مارس ١٩٨١، وارد في، Rev. arb., 1981, pp. 223 et s.

(٢) انظر في ذلك، تقرير الأستاذ فوشار FOUCHARD (Ph.) في نهاية مؤتمر " المحكم والقاضي " وارد في، Rev. arb., 1980, pp. 421 - 423.

(٣) انظر القرار السابق، ص ٩٦٦.

(٤) انظر، LOQUIN (E.), Op. cit., p. 345.

(٥) راجع. Ibid.

٢٧٠- رأينا في الموضوع :

نميل من جانبنا إلى الاتجاه الموسع الذي يرى أنه يجوز للمحكم المفوض بالصلح أن يعدل أحكام العقد بنفسه إذا لم يتمكن الأطراف من الوصول إلى حل إيجابى بالتعديل وتضمن العقد شرطاً يجيز اللجوء إلى هذا المحكم.

ويدعم هذه الوجهة من النظر أن اعتماد المحكم المفوض بالصلح عند فصله في موضوع النزاع على قواعد العدالة والإنصاف والمبادئ العامة للقانون يجعل من اليسير على هذا المحكم التدخل لتعديل العقد في هذه الحالة. فإذا كان الفقه قد اتفق على عدم منح المحكم بالقانون سلطة تعديل العقد، فإن هذا يرجع إلى أن هذا المحكم عليه الالتزام بشروط العقد وبنصوص القانون واجب التطبيق، فإذا جاء العقد خلواً من شرط يجيز لهذا المحكم التدخل بالتعديل ولا يسمح له القانون الواجب التطبيق بذلك. فيمتنع عليه ذلك. وبمعنى آخر فإن سلطة المحكم بالقانون مقيدة بنصوص العقد من ناحية وبنصوص القانون المطبق على هذا العقد من ناحية أخرى. هذا بخلاف المحكم بالعدالة. فالأصل أن هذا المحكم يتمتع بسلطة أكبر في اختيار الحل الذي يراه مناسباً لموضوع النزاع، سواء استمد هذا الحل من شروط العقد أو من نصوص القانون المطبق، أو رأى أن هذا الحل هو الذي يتمشى مع قواعد العدالة والإنصاف. وقد يرى أن الحل الذي يتناسب مع ظروف الدعوى وقواعد العدالة هو تعديل بعض أحكام العقد بشكل يرفع الضرر الفادح الذي أصاب أحد المتعاقدين، وفي هذه الحالة له أن يعدل العقد.

الباب الثاني
الالتزامات التي يرتبها كل من شرطي القوة القاهرة و"إعادة لتفاوض" على أطراف العقد

٢٧١- انتهينا في الباب السابق من دراسة المظهر الأول من مظاهر توحيد آثار كل من شرطي القوة القاهرة وشرط إعادة التفاوض Hardship وهو المتمثل في مبدأ الحفاظ على العقد وما يفرضه من وقف تنفيذ العقد وإعادة التفاوض في شأنه. وسوف نتناول في هذا الباب المظهر الثاني من مظاهر هذا التوحيد والمتمثل في وحدة الالتزامات التي يفرضها كل من الشرطين على الأطراف بمجرد وقوع الحدث الذي تتوافر فيه خصائص كل منهما.

فكل من شرطي القوة القاهرة والـ Hardship يفرضان على المدين التزاماً يقابله التزام آخر على عاتق الدائن. فعلى المدين أن يخطر الدائن في أقرب وقت ممكن بوقوع الحدث وبالظروف المصاحبة لوقوعه وبالنتائج الحالة والمحتملة لهذا الحادث وبصفة خاصة نتائجه على تنفيذ التزامه. وفي المقابل يفرض الشرطان على الدائن أن يبذل قصارى جهده لتخفيف الأضرار حتى لا تتفاقم مسئولية المدين عن عدم التنفيذ.

وترتيباً على ذلك سوف نقسم هذا الباب إلى فصلين، نعالج في الأول الالتزام بالإخطار، وندرس في الثاني الالتزام بتخفيف الضرر.

الفصل الأول
الالتزام بالإخطار

٢٧٢- وقوع حدث تتوافر فيه خصائص القوة القاهرة بمفهومها الحديث أو خصائص شرط "إعادة التفاوض" Hardship يرتب آثاراً سيئة تمس تنفيذ العقد. فقد يؤدى الحدث إلى تعليق هذا التنفيذ فترة، أو يجعله مستحيلا أو مرهقا للمدين. والدائن ليس بالضرورة على علم بهذه الأحداث وبنتائجها. وحتى لو كان على علم بها، فقد لا يكون على علم بنطاقها وآثارها الحقيقية على التزام المدين. ولذا فإنه في غالبية عقود التجارة الدولية، يخضع الحق في التمسك بالقوة القاهرة أو شرط "إعادة التفاوض" Hardship إلي إجراء شكلي، يؤدى عدم احترامه، في بعض الحالات، إلي سقوط الحق في التمسك بأي منهما.

ويتمثل هذا الإجراء الشكلي في التزام يقع على عاتق المدين المتعثر بأن يخطر دائنه عن وقوع الحادث ونتائجه المحتملة والحقيقية على التزامه بالتنفيذ . فمنذ وقوع حدث القوة القاهرة أو الحدث الممثل لشرط "إعادة التفاوض" Hardship، وفي مواجهة المشكلات التي يخلقها هذا الحدث، يجب على الطرف المدين أن يخطر الطرف الآخر بكل ما من شأنه إعاقة تنفيذ العقد [١]. ويسمح هذا الإخطار بأن يحيط الطرف الآخر علماً بكل الظروف المحيطة بالعقد حتى يستطيع أن يتخذ كل الإجراءات التي يتفادى بها الخسائر التي تصيبه من إجراء عدم تنفيذ المدين لالتزامه [٢]. هذا بالإضافة إلى أنه يهدف في مجموعه إلى إشاعة الطمأنينة لدى المتعاملين في التجارة الدولية حتى تقوم علاقاتهم على أسس واضحة المعالم بحيث يعرف كل طرف مصير الاتفاق الذي أبرمه، وقدرة المتعاقد الآخر على تنفيذه، والظروف المحيطة بهذا

---

(١) انظر،

DE JUGLART (M.), L'obligation de renseignement dans les contrats, RTD. civ., 1945, p.1 ; ALISSE (J.), L'obligation de rensegiement dans les contarts, th., paris 11, 1975. P. 670.

(٢) انظر في ذلك،

BULISSON (M.), La négociation de marchés internationaux., Op. cit., p. 222 ; LARROUMET (Ch.), Droit civil, les obligations, Op. it., n° 374, p. 312 , CEDRAS (J.), L'obligation de négocier ., Op. cit., p. 266.

التنفيذ. وهذا يؤدى في النهاية بلا شك إلى استقرار المعاملات التجارية وازدهارها [١].

والتزام أحد الأطراف بإخطار الطرف الآخر بالتغيرات في الظروف التي تحدث أثناء تنفيذ العقد يجد جذوره في المفهوم التقليدى للقوة القاهرة، ويعتبر التزاماً عاما ومتفقاً عليه في مختلف الأنظمة القانونية الوطنية وإن كان بعضها لا ينص عليه صراحة. وتزداد أهمية هذا الالتزام إذا انتقلنا إلى عقود التجارة الدولية نظراً لتعاظم الأضرار التي تنتج من عدم تنفيذ العقد، ولاتساع فرص المحافظة عليه بالرغم من الظروف السيئة التي قد يواجهها تنفيذه.

ولا يختلف الأمر فيما يتعلق بشرط "إعادة التفاوض" Hardship. ففقهاء التجارة الدولية يؤكدون أن طبيعة هذا الشرط ونظام إعماله يفرضان على المدين بالتنفيذ التزاماً عاماً بإخطار الدائن عن وقوع الأحداث التي أخلت بتوازن العقد والتي أصابته بضرر فادح. ويخطره كذلك بالحلول المقترحة من جانبه لمواجهة هذه الأحداث، حتى يتسنى لهذا الطرف الأخير أن يشارك في عملية إعادة التفاوض ولديه العلم الكافي بكل الظروف التي تحيط بالعقد والتي تعينه على التوصل إلى حل مقبول أو تقبل الحلول المعقولة التي يصيغها الطرف الآخر [٢]. ويمكن القول بأن هذا الالتزام بالإخطار يسبق حق المدين في التمسك بإعادة التفاوض في شأن العقد.

أما بالنسبة للشروط التعاقدية المتعلقة بشرط "إعادة التفاوض" Hardship فنلاحظ أنه قليلاً ما يتفق الأطراف على التزام المدين بإخطار الدائن بوقوع الأحداث. ويفسر أحد الفقهاء ذلك بأن شرط إعادة التفاوض يواجه في الغالب، عندما يدرج في العقد، أحداثاً ذات طبيعة اقتصادية، ومثل هذه الأحداث من السهل على الجميع معرفتها إذا وقعت بما فيهم الدائن، وبالتالى ليست هناك حاجة إلى الاتفاق على إلزام

---

(١) د. أحمد الحداد، رسالة سابقة، ص ٣٦٧.

(٢) راجع في ذلك،
OPPETIT (P.), L' adaptation des contrats internationaux aux changement de circonstances, op. cit., p. 805 ; BARBIERI (J. - J.), Vers un nouvel équilibre contractuele ?. , op. cit., p. 448.

المدين بالإخطار عنها مادامت هذه الأحداث معروفة لدى الجميع [1] .

ومن الشروط التعاقدية الخاصة بشرط "إعادة التفاوض" ،التي نصت على هذا الإخطار، الشرط رقم ١٩ من الترخيص الصادر لوزير البترول في التعاقد مع الهيئة المصرية العامة للبترول وشركة إيوك كو إنك وهيئة التمويل الدولية في شأن البحث عن الغاز واستغلاله في منطقة مليحة (حفر عميق) بالصحراء الغربية. فقد نصت هذه المادة تحت عنوان "توازن العقد" على أنه "في حالة ما إذا حدث، بعد تاريخ السريان، تغير في التشريعات أو اللوائح .... حينئذ يخطر المقاول الهيئة بهذا التشريع أو اللائحة"[2].

وبيان حدود هذا الالتزام يقتضي منا أن نتحدث عن أساسه القانوني والجوانب الشكلية الواجب مراعاتها فيه وذلك في فرع أول، ونبين مضمونه والجزاء المترتب على مخالفته في فرع ثان.

---

(١) انظر، PHLIPPE (D.), Op. cit., p. 222, note 1.

(٢) انظر في هذا الترخيص، الجريدة الرسمية، العدد ١٨ تابع (ج) ، ٩ مايو ١٩٩٦ ، ص١٤٤ . وبنفس المصطلحات عبرت المادة ١٨ من الترخيص الصادر لوزير البترول في التعاقد مع الهيئة المصرية العامة للبترول وتيكو أويل كومبانى ليتد في شأن البحث عن البترول واستغلاله في منطقة السلوم بالصحراء الغربية، الجريدة الرسمية، العدد ١٨ تابع (ب)، ٩ مايو ١٩٩٦ ، ص ١١٦.

الفرع الأول

الأساس القانوني والجوانب الشكلية للالتزام بالإخطار

على الرغم من الأهمية التي يمثلها الإخطار، سواء بالنسبة للعقد؛ إذ يوقف تنفيذه فترة من الوقت لحين تحديد موقف المدين من التنفيذ [1]، أو بالنسبة للدائن حيث يحيطه بكل ما يعوق التنفيذ الطبيعي للعقد، الأمر الذي يمكنه من البحث عن بدائل أخرى للتنفيذ وتفادى الأضرار التي قد تنتج من عدم التنفيذ [2]، إلا أن كثيراً من النصوص القانونية الوطنية لا تنص عليه صراحة، كما أن القضاء الوطني قد يهمل الإشارة إليه في غالبية الحالات. وهذا ما يدعونا إلى التساؤل عن الأساس القانوني لهذا الالتزام .

وفي الحالات التي يتفق فيها الأطراف على ضرورة هذا الإخطار أو توجبه بعض النصوص، فإنه يخضع لشكليات معينة من حيث المدة التي يجب أن يتم فيها، والشكل الذي يلبسه هذا الإخطار.

وعلى هذا سوف ينقسم هذا الفرع إلي مبحثين، يعالج الأول الأساس القانوني للالتزام بالإخطار، ويخصص الثاني للجوانب الشكلية الواجب مراعاتها في الإخطار.

---

(١) انظر في ذلك،

ABDUL MUNIM H. (A.), Op. cit., n° 464. p. 375.

(٢) في هذا المعنى،

RUDDEN (B.), Le juste et l'inefficace pour une non - devoir de renseignement, RTD. civ., 1985, p. 91.

المبحث الأول
الأساس القانوني للالتزام بالإخطار

٢٧٤- كثيراً ما توجب الشروط التعاقدية المتعلقة بالقوة القاهرة على المدين أن يخطر الدائن بكل الأحداث التي تنتج بعد إبرامه وتؤثر في تنفيذه، أما النصوص القانونية، فالقليل منها هو الذي يفرض هذا الالتزام صراحة. ويرى فقهاء التجارة الدولية أن هذا الالتزام يجد أساسه في واجب التعاون بين أطراف العقد وفي مبدأ حسن النية الذي يحكم تنفيذ كل العقود.

وسوف نبين في هذا المبحث على التوالي، الالتزام الإخطار في نصوص التشريعات الوطنية واتفاقيات التجارة الدولية وذلك في مطلب أول، والالتزام بالإخطار في الشروط التعاقدية وآراء الفقهاء في أساسه القانوني وذلك في مطلب ثان.

المطلب الأول
الالتزام بالإخطار في نصوص التشريعات الوطنية واتفاقيات التجارة الدولية

٢٧٥- نتناول في هذا المطلب مسألتين، الأولى هى ببيان الالتزام بالإخطار في النصوص القانونية الوطنية، والثانية هى بيان هذا الالتزام في نصوص اتفاقيات التجارة الدولية.

٢٧٦- أولا : الإلتزام بالإخطار في نصوص التشريعات الوطنية :

لا تولي القوانين الوطنية، كما ذكرنا من قبل، أهمية كبيرة لمسألة إخطار المتعاقد الذي يواجه استحالة أو صعوبة في التنفيذ، المتعاقد الأخر بحالة القوة القاهرة أو بالظروف الطارئة. وإذا كانت النصوص القانونية تخلو غالباً من النص على هذا الالتزام، كما أن القضاء الوطني يتجاهل الإشارة إليه في غالبية الحالات، فإن الفقه يتفق على أن المدين يلتزم بإخطار الدائن بكل الظروف التي من شأنها عرقلة تنفيذ العقد، سواء بجعل هذا التنفيذ مستحيلا أو مرهقا [١].

ولا يعني عدم وجود نص صريح عام يقرر هذا الالتزام في القوانين الوطنية أن هذه القوانين تجهله كلية، فقد نجد لهذا الالتزام تطبيقات في نصوص متفرقة في هذه القوانين. ومن ذلك نص المادة ٤٤٨ من قانون التجارة المصري الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ [٢] المتعلقة بالكمبيالة حيث تنص الفقرة الرابعة من هذه المادة على أنه " وعلى الحامل أن يخطر دون إبطاء من ظهر له الكمبيالة بالقوة القاهرة وأن يثبت هذا الإخطار مؤرخاً وموقعاً منه في الكمبيالة أو في الوصلة وتتسلسل الإخطارات وفقاً للمادة ٤٤٠ من هذا القانون" [٣].

---

(١) انظر في الفقه المصري على سبيل المثال، د. حسام الدين كامل الأهواني، مرجع سابق، بند ٦٤٠، ص ٤٤١ حيث يرى سيادته أن الموقف السلبي للمدين تجاه حوادث القوة القاهرة غير مقبول، فحسن النية يفرض عليه التزاماً بإخطار المتعاقد الآخر بالحدث المشكل للاستحالة. وانظر في الفقه الفرنسي،
VINEY (G.), Les obligations, Conditions., Op. cit., n° 502, p. 608 ; PICOD (Y.), Le devoir de loyauté contractuelle., Op. cit., p. 94 et s. ; FIATTE (R.), Op. cit., p. 19.

(٢) هذا القانون منشور في الجريدة الرسمية، العدد ١٩ مكرراً – الصادر في ١٧ مايو ١٩٩٩.

(٣) وبنفس المصطلحات تنص المادة ٢/٥٢٦ المتعلقة بالشيك من نفس القانون.

ومن ذلك أيضاً نص المادة ٢/١٥٧ من القانون التجاري الفرنسي التي تنص على أنه "يلتزم الحامل بأن يخطر المظهر بدون تأخير بحالة القوة القاهرة" [١]. ومع ذلك فإن القضاء الفرنسي ينكر صراحة وجود هذا الالتزام في بعض تطبيقاته. ففي حكم النقض الصادر في ٩ نوفمبر ١٩٥٤ رأت المحكمة أنه ليس هناك أي نص يلزم الشركة الفرنسية الوطنية للنقل بالسكة الحديد SNCF بأن تخطر مرسل البضاعة بقيام سبب يؤدى إلى استحالة تنفيذ التزامها [٢]. ومن أمثلة ذلك أيضاً حكم محكمة استئناف باريس الذي أكدت فيه بأن ليس هناك أى نقد يمكن توجيهه لسلوك شركة "أير فرانس "Air France عندما لم تخطر جمعية الحج بباريس بإضراب عملائها وأن هذا يشكل قوة قاهرة جعلتها تلغى كل رحلات الطيران، في حين أن هذه المحكمة ألقت في المقابل على عاتق هذه الشركة واجب البحث عن وسيلة أخرى لسفر الحجاج على طائرات تتبع شركة طيران أخرى [٣].

ومن القوانين القليلة التي تنص على هذا الالتزام قانون التجارة الأمريكي الموحد الذي ينص في المادة ٢ - ٦١٦ الفقرة الأولى والثانية على التزام البائع بأن يخطر المشترى بالصعوبات التي تواجه تنفيذ التزامه ونتائج هذه الصعوبات على تنفيذ التزامه [٤].

ومن بين القوانين الوطنية التي صدرت لمعالجة العقود الدولية ونصت على هذا الالتزام أيضاً، القانون الألماني للعقود الاقتصادية الدولية (قانون ٥ فبراير ١٩٧٦). فقد نصت الفقرة السادسة من المادة ٢٩٣ الخاصة بالقوة القاهرة على أنه "يجب أن يخطر الطرف الذي تعوقه القوة القاهرة عن تنفيذ التزامه الطرف الآخر بأسرع وقت ممكن بوقوع الحدث، وبالتأخير المحتمل للتنفيذ، وبالتعديلات اللاحقة نتيجة هذا التأخير، وبانقضاء الالتزام بالتنفيذ المنصوص عليه في الفقرة

---

(١) انظر في ذلك،

ANTONMATTEI (P. - H.), Op. cit., n° 243, p. 174.

(٢) انظر،

Cass. com., 9 novembre 1954, JCP, 1971, éd. G., 11, 8817, obs. RODIÈRE (R.).

(٣) انظر،

Cour d'appel de Paris, 3 Janv. 1970, 1970, JCP, 1971, éd. G., 11, 16791, obs., DE JUGLART (M.) et DU PONTAVICE (E.),

(٤) نصوص هذا القانون واردة في،

Lamy S . A., 1986, Division 4, Annexe 020 \ 8 - 1 et s.

الثالثة " [1].

٢٧٧- ثانياً : الالتزام بالإخطار في اتفاقيات التجارة الدولية وقضاء التحكيم :

يرى بعض الفقه أن الالتزام بالإخطار ولد في كنف اتفاقيات التجارة الدولية أولاً، ثم ظهرت تطبيقاته بعد ذلك في القوانين الوطنية التي تأثرت بهذه الاتفاقيات [2]. فعلى سبيل المثال تنص الفقرة الرابعة من المادة ٧٩ من اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع على أنه "يجب على الطرف الذي لم ينفذ التزاماته أن يوجه إخطاراً إلى الطرف الآخر بالعائق وأثره في قدرته في التنفيذ " [3]. وينص الشرط النموذجي للقوة القاهرة والظروف الطارئة الذي أعدته غرفة التجارة الدولية على هذا الالتزام في البند الرابع وتحت عنوان "واجب الإخطار Devoir de notifier " على أن "على الطرف الذي يتمسك بانتفاء من مسئولية أن يخطر الطرف الآخر، في أسرع وقت ممكن بعد علمه بالعائق وآثاره على موقفه من تنفيذ التزامه، بالعائق وآثاره على هذا التنفيذ " [4].

وتنص كافة النماذج التي أعدتها اللجنة الاقتصادية لأوربا على واجب الإخطار، سواء التي تتعلق ببيع المنتجات الصناعية [5]، أو التي تتعلق ببيع المنتجات الزراعية والطبيعية [6] وتنص على هذا الالتزام أيضاً الشروط العامة للبيع CEE / ONU بما فيها الفواكه

---

(١) الترجمة الفرنسية لهذا القانون واردة في،
JDI, 1977, p. 418 et s.

(٢) انظر في ذلك،
KAHN (Ph.), La vente internationale., op. cit., p. 144.

(٣) المادة ٤/٧٩ من الاتفاقية وانظر التعليق عليها،
AUDIT (B.), Op. cit., p. 184 ; BOMMELL (M. J.), Commentaire de la convention de Vienne du 11 avril sur de vente internationale de marchandises, RDI et droit comp., 1981, pp. 951 - 988.

(٤) راجع ص ٩ من هذا الشرط، وانظر في التعليق عليه، البند ٩، ص ١٦.

(٥) انظر المواد ٢/٢٥ من الشرط رقم ١٨٨ (A)، ونفس المادة من الشرط رقم ٥٧٤ (A)، والمادة العاشرة من الشرطين رقم ١٨٨ و ٥٧٤. وانظر في ذلك، د. أحمد الحداد، رسالة سابقة، ص ٣٥٩.

(٦) انظر المادة ٢/١٣ من الشرط رقم ٣١٢ والمادة ٢/١٨ من الشرط رقم ٤٢٠، وانظر في ذلك أيضاً، د. أحمد الحداد، رسالة سابقة، ص ٣٦٦.

والخضراوات [1]. وكانت تنص عليه أيضاً المادة ٣/٤٦ و ٦٩ من الشروط العامة للتسليم التي وضعها مجلس المساعدات المتبادلة (الكوميكون) [2].

ونفس الأمر نجده في مبادئ Unidroit الخاصة بعقود التجارة الدولية حيث تنص المادة ٧-١-٧/٣ على إلزام المدين بأن يخطر الدائن بوجود العائق ونتائجه على موقفه من تنفيذ التزامه [3].

ولم يخرج عن هذا الإجماع سوى القانون الموحد للبيع الدولى للمنقولات المادية(لاهاى ١٩٦٤) حيث لم تتعرض المادة ٧٤ من هذا القانون والمخصصة للإعفاء لهذا الالتزام . وقد اقترح بعض أعضاء لجنة قانون التجارة الدولية (اليونيسترال) Unicteral تعديل نص هذه المادة وجعل الإخطار وجوبياً على الطرف الذي يتمسك بالإعفاء من المسئولية بسبب حدث القوة القاهرة [4]. ويفسر بعض الفقه عدم اشتراط هذه المادة الإخطار صراحة بأنه "أمر مفترض لا داعي للنص عليه"، وأنه من الأفضل ترك المسألة تقديرية حيث يفرضها العمل [5].

٢٧٨- ويؤكد قضاء التحكيم بدوره على الالتزام بالإخطار. ومن القرارات الصادرة في هذا الصدد قرار التحكيم السابق الصادر في القضية رقم ٢٤٧٨ لسنة ١٩٧٤. ففي هذه القضية رفض البائع الروماني تسليم الكميات المطلوبة من الكربون استناداً إلى إلغاء رخصة التصدير من السلطات الرومانية واحتج بأن هذا الإلغاء يشكل بالنسبة له قوة قاهرة تخلصه من المسئولية. وقد سلمت هيئة التحكيم بهذه الحجة وأكدت أن " إلغاء رخصة التصدير من الحكومة الرومانية يعتبر بلا شك من قبيل القوة القاهرة،

---

(١) انظر المادة ٧٦ (i) من هذه الشروط.

(٢) انظر المادة ١/٦٩و٢ من شروط الكوميكون والترجمة الفرنسية لهذه الشروط وارد في،
KAHN (Ph.), La vente internationale., Op. cit., p. 402.

(٣) مبادئ مشار إليها سابقاً. والجدير بالذكر أن المواد ١-٢-٦، ٢-٢-٦و ٣-٢-٦ من هذه المبادئ والتي تعالج شرط " إعادة التفاوض " Hardship لم تتعرض لهذا الالتزام.

(٤) انظر،
Unictral, l'anuaire V. 3, 1972, p. 39, para. 111.

(٥) د. رضا محمد إبراهيم عبيد، رسالة سابقة، ص ٤٧٦.

سواء على مستوى المبادئ العامة للقانون أو على مستوى شروط العقد ".

وفي المقابل أفقدت هيئة التحكيم البائع الروماني حقه في التمسك بالقوة القاهرة ليتخلص من مسئوليته. وأسست الهيئة قرارها على أن هذا البائع لم يقم بإخطار المشترى الفرنسي بإلغاء رخصة التصدير من الحكومة الرومانية في وقت مناسب، وأن غياب هذا الإخطار يفقد البائع الحق في التمسك بالحدث. وتقول الهيئة في ذلك " إن إلغاء رخصة التصدير الذي تم في ١٠ مايو ١٩٧٣، لم يُخطر به البائع المشترى إلا بخطاب في ٢٨ نوفمبر ١٩٧٣ وبعد وساطة محكمة التحكيم بغرفة التجارة الدولية .... ولهذا فإن البائع لم يعد له الحق في التمسك بقرار السلطة الرمانية كقوة قاهرة تبرئه من المسئولية "[1].

وتطبيق آخر نجده في قرار التحكيم الصادر من غرفة التجارة الدولية عام ١٩٨٥. وتتمثل وقائع القضية في أن شركة سويسرية أبرمت عقداً مع شركة أفريقية لإنشاء مجمع صناعي. وتنفيذاً لالتزاماتها الناتجة عن هذا العقد اتفقت الشركة السويسرية مع أخرى فرنسية بعقد من الباطن عهدت إليها بمقتضاه بأعمال الهندسة المدنية في المجمع الصناعي . توقفت الشركة الفرنسية عن العمل بعد فترة لعدم حصولها على مستحقاتها المالية، ثم استكملت الأعمال مرة أخري عندما قامت الشركة السويسرية بسداد جزء من هذه المستحقات وأخذت على عاتقها مخاطر التأخير في التنفيذ. ولكن نظرا لعدم حصول الشركة الفرنسية على كامل حقها، قدمت طلب تحكيم اختصمت فيه الشركة السويسرية وطالبت بإلزامها بالتعويض عما أصابها من ضرر. دفعت الشركة السويسرية طلب الشركة الفرنسية بأنها تعسفت في طلبها التحكيم، وأن عدم سدادها المستحقات المالية إنما يرجع لعدم وفاء الشركة الأفريقية (رب العمل) بالتزاماته المالية وأن هذا يشكل حالة قوة قاهرة بالنسبة لها تبرئها من التزامها تجاه الشركة الفرنسية؛ لأن توقفها عن الدفع جاء نتيجة حادث خارج عن سيطرتها وغير متوقع منها يتمثل في توقف رب العمل عدم سداد التزاماته المالية نحوها، وخاصة أنه ليس لديها موارد مالية

---

(١) قرار غرفة التجارة الدولية، وارد في المجموعة الأولى من القرارات، ص ٢٣٣- ٢٣٦ وبصفة خاصة، ص ٢٣٤. وانظر أيضاً القرار الصادر في القضية رقم ٣١٠٠/٣٠٩٣ لسنة ١٩٧٩، المجموعة الأولى من القرارات، ص ٣٦٥- ٣٧٤ وبصفة خاصة ، ص ٣٧٣، وانظر أيضاً تعليق الأستاذ " ديران على هذين القرارين. وانظر كذلك القرار الصادر في القضية رقم ٢٢١٦ لسنة ١٩٧٤، المجموعة الأولى، ص ٢٢٤- ٢٣٠، وتعليق نفس الأستاذ عليه، والقرار الصادر في القضية رقم ٥٠٣٠ لسنة ١٩٩٢، وارد في،

JDI, 1993, p. 1004, obs. DERAINS (Y.).

أخرى يمكن بها سداد مستحقات الشركة الفرنسية. ركزت هيئة التَحكيم في ردها على واجب الإخطار الذي كان من المفروض على الشركة السويسرية القيام به تجاه الشركة الفرنسية. وأكدت الهيئة أن الشركة الأولى لم تخطر الشركة الفرنسية بأسباب عدم تنفيذها لالتزامها في وقت مناسب حتى يتسنى لها أن تتخذ ما تراه مناسبا تجاه هذه الأسباب. وترتيباً على ذلك يسقط حقها في التمسك بالحدث كقوة قاهرة [١].

ولا يقتصر تأكيد هذا الالتزام بالقرارات الصادرة في نطاق غرفة التجارة الدولية CCI، وإنما تؤكده أيضا القرارات الصادرة من غرف أخرى بخلاف هذه الغرفة، وتؤكده كذلك القرارات الصادرة من بعض المراكز المتخصصة في تحكيم نوع معين من المنازعات [٢].

---

(١) قرار تحكيم غرفة التجارة الدولية غير منشور، مشار إليه في.
JARVIN (S.), L'obligation de coopérer de bonne foi., Op. cit., p. 167 et 168.

(٢) انظر على سبيل المثال. قرارات التحكيم الصادرة من غرفة التجارة المجرية ما بين عامي ١٩٥٧-١٩٥٩ حيث أصدرت الغرفة قرارات عديدة رفضت فيها التمسك بحالة القوة القاهرة رغم توافرها لأن المدين لم يخطر الدائن بوقوع الحدث المعفي. وانظر تطبيقاً لذلك القرار الصادر في القضية رقم ٨٠١ لسنة ١٩٥٧، مشار إليه في،
SCASCZ (I.), Chronoique de jurisprudence honogrois., Op. cit., p. 480.
وانظر أيضاً قرار التحكيم الصادر من المركز الدولي لتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى C.I.R.D.I. في قضية Cameroun c. Klôckner عام ١٩٨٣، وارد في،
JDI. 1984, p. 409 et s.

المطلب الثاني
الالتزام بالإخطار في الشروط التعاقدية
وآراء الفقهاء في أساسه القانوني

٢٧٩- سنعالج في هذا المطلب على التوالي، الالتزام بالإخطار في واقع عقود التجارة الدولية؛ أى الشروط التعاقدية التي تحتويها العقود الدولية، وآراء فقهاء التجارة الدولية في الأساس القانوني لهذا الالتزام.

٢٨٠- أولا : الإلتزام بالإخطار في الشروط التعاقدية :

تلعب الشروط التعاقدية دوراً كبيراً ومؤثراً في خلق الالتزام بالإخطار الذي يقع على عاتق الطرف المتعثر. فالأطراف يفضلون في العادة النص على هذا الالتزام بدلا من ترك الأمر للمبادئ القانونية العامة. وغالبية الشروط التي يتفق فيها الأطراف على تنظيم القوة القاهرة تنص على هذا الالتزام . ويشير الأستاذ KAHN إلى مثالين لإيضاح فكرة هذا الالتزام .المثال الأول وهو يتعلق بعقد بيع معدات تجهيزية حيث اتفق الأطراف على أنه "إذا قابل تسليم هذه المعدات عقبة تعوقه كلية أو جزئيا وتمثل قوة قاهرة، يلتزم البائع بإخطار المشترى ببرقية بهذا الحدث . ويلتزم أيضا بإخطار المشترى بالعودة ألي الحالة الطبيعية وزوال القوة القاهرة إن حدث ذلك". أما المثال الثاني فهو يتعلق بعقد بيع غاز اتفق فيه الأطراف على أن "الطرف المدعي بوجود قوة قاهرة، يلتزم بأن يخطر الطرف الآخر بأسرع ما يمكن بحدوث القوة القاهرة .. "[١].

ومثال هذه الشروط التعاقدية أيضا ذلك المتعلق بشرط "إعادة التفاوض" Hardship والذي اتفق فيه الأطراف على أن "يلتزم كل طرف بالدخول في المفاوضات لإعادة التوازن الأساسي للعقد وإخطار الطرف الآخر كتابة بالصعوبات التي تواجه التنفيذ ... ... "[٢]. وكذلك الشرط الذي ينص على أن "يعلم البائع المشترى بخطاب مسجل بوقوع القوة القاهرة في مدة ١٥ يوماً من وقوع الحدث ... ويجب أن يعلم المشترى في الحال

---

(١) انظر في هذه الأمثلة،

KAHN (Ph.), Force majeure et contrats internationaux., Op. cit., p. 477 et 478.

(٢) الشرط رقم(١٨) (A)، مشار إليه في،

PHILIPPE(D.),"Pacta sunt servanda"., op. cit., p. 256.

عند نهاية القوة القاهرة "[١]. والشرط الذي ينص على أن "الطرف الذي يتمسك بحالة القوة القاهرة يجب أن يعلم الطرف الأخر بإخطار مكتوب موضحا فيه وقوع الحدث ومدته" [٢]

٢٨١- ثانيا : آراء الفقهاء والقضاء في الأساس القانوني للالتزام بالإخطار :

يرى بعض فقهاء التجارة الدولية أن التزام المدين بإخطار الدائن بكل الظروف التي من شأنها إعاقة تنفيذ العقد يستند إلي مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود الذي يفرض بدوره التعاون فيما بينهم، وأول مظاهر هذا التعاون هو إعلام المتعاقد الآخر بكل الظروف التي تواجه تنفيذ العقد أياً كان أثرها على هذا التنفيذ.

ويعبر عن ذلك الأستاذ "فيات" FIATT في رسالته بقوله"إن تنفيذ العقد بحسن نية يفرض قاعدة مؤداها أن المتعاقد الذي أصبح في حالة استحالة تنفيذ بسبب حدث القوة القاهرة ملتزم بإخطار المتعاقد الآخر في الحال بوقوع الحدث .... لكى يتمكن من اتخاذ الإجراءات التي تقلل من الآثار الضارة الناتجة من عدم التنفيذ" [٣]. أما الأستاذ "ديموج" DEMOGUE فيرى أن "إحدى نتائج فكرة التعاون بين الأطراف هى التزام كل طرف بأن يخطر الطرف الآخر بالأحداث التي تعوق تنفيذ العقد" [٤].

ويفسر البعض ضرورة هذا الالتزام بقولهم إذا كان الالتزام بتقديم معلومات مفيدة

---

(١) ملحق رقم ٦، مشار إليه في،

LE ROY (D.), Op. cit., p. 674.

وانظر أيضاً الشروط العديدة المشار إليها في هذه الرسالة خاصة الملاحق رقم، ١٥، ١٤، ١٣، ١٢، ١٠، ٩، ٨، ٧، ٥، ٤، ٣، ١، ١٧، ١٨، ص ٧٤٨ وما يليها.

(٢) شرط مشار إليه في.

FONTAINE(M.),Droit des contrats internationaux., Op. cit., p. 222.

وانظر أيضاً الشروط العديدة المشار إليها في نفس المؤلف، نفس الموضع وأيضاً المشار إليها في،

VAN OMMESLAGHE(P.),Op. cit., p. 53; MALINVERNI(P.), Op. cit., p. 178.

(3) FIATTE (R.), Op .cit., p.19

وانظر أيضاً الأستاذ "ديران" الذي يرى أن القاعدة العامة التي تتمثل في ضرورة توافر حسن النية في تنفيذ العقود تولد التزامات عديدة على عاتق الأطراف. وأول هذه الالتزامات هو الالتزام بالإخطار.

DERAINS, Les tendences de la jurisprudence arbitrale internationale, JDI, 1993, p. 829.

(4)DEMOGUE (R.) , Traité des obligations en général ,op . cit. , n° 29.

يجب توافره عند التفاوض في العقد، فإنه يجب أن يتواجد ويستمر أثناء تنفيذ هذا العقد. وإذا كانت صعوبات التنفيذ يجب أن يخطر بها الدائن، فإن الاستحالة النهائية التي تتولد عن حدث القوة القاهرة يجب أن يكون لها نفس الحكم من باب أولى[١].

ويرى بعض الفقه أن الإخطار المتعلق بحدث القوة القاهرة هو التزام يبرر نفسه في الواقع حيث يستبعد كل مجادلة ترد على حقيقة عقبة التنفيذ[٢]. فمتى أخطر المدين الدائن وقدم له ما يثبت وقوع الحدث ونتائجه، فإن الدائن لن يجادل في وقوع الحدث بعد ذلك في حد ذاته وإن كان له الحق في مناقشة مدى توافر شروط القوة القاهرة فيه ومقدار النتائج التي رتبها.

ويبدو أن القضاء يؤسس بدوره هذا الالتزام استنادا إلى مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود وواجب الأمانة التعاقدية وذلك في حالة عدم وجود نص يلزم المدين به. ففي قرار التحكيم الصادر عام ١٩٨٥ سالف الذكر أكدت هيئة التحكيم على أنه "في حالة وجود ظروف غير متوقعة تعدل الشروط التي يجب أن ينفذ العقد خلالها، يجب على المدين أن يتصرف بشكل يحفظ مصالح الدائن وأن يخطره بكل الإجراءات التي يتخذها"[٣].

وفي ملحوظته على قرار التحكيم الصادر في قضية KLöCKNER أشار الأستاذ "جيار" GAILLARD إلى أن هيئة التحكيم اعتبرت أن التزام المتعاقد بإعلام الآخر بكل الظروف التي من شأنها إعاقة تنفيذ العقد ليس إلا نتيجة طبيعية

---

(١) انظر في هذا المعنى،

ANTONMATTEI (P. - H.) , Op. cit., , n° 244, p. 175.

وانظر أيضاً في هذا المعنى، د.حسام الدين كامل الأهواني، مرجع سابق، بند ٦٤٠، ص ٤٤١ حيث يرى أن " حسن النية التعاقدى يفرض على المدين إخطار المتعاقد الآخر بالحدث المشكل للاستحالة". وانظر أيضاً،

EL MAHI (H.), Op. cit., n°70 , p. 95 ; LE ROY (D.), Op. cit., p. 674.

(٢) انظر،

ABDUL MUNIM H.(A.) , Op. cit., n° 647, p. 375.

(٣) انظر في هذا القرار،

JARVIN (S.), L'obligation de coopérer de bonne foi., op . cit., p.167-168.

وانظر أيضاً في التأكيد بأن القضاء يؤسس هذا الالتزام على مبدأ حسن النية،

PICOD (Y.), Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat., op. cit., n° 95, p. 114.

للالتزام بتخفيف الضرر بعد وقوع الحادث [١].

خلاصة القول إذن أن فقه التجارة الدولية وقضاء التحكيم التجاري الدولي يضع على عاتق أطراف العقد التزاماً بالمساعدة المتبادلة، وواجباً ضمنياً بتنسيق جهودهم بالتعاون فيما بينهم ضمانا للتنفيذ الدقيق لالتزاماتهم. وأول مظاهر هذا التعاون وذلك التنسيق هو إخطار المتعاقد الآخر بكل الظروف المحيطة بالعقد وخاصة الظروف التي من شأنها أن تعوق كلية أو جزئيا تنفيذ التزاماتهم أو تخل بتوازن العقد إخلالاً كبيراً.

---

(١) انظر في هذه الملحوظات، JDI, 1987, pp. 163-174.

المبحث الثاني
الجوانب الشكلية للالتزام بالإخطار

٢٨٢- إن تحقيق الأهداف المرجوة من إخطار الدائن بكل الظروف التي تعترض تنفيذ المدين لالتزامه يفترض أن يتم هذا الإخطار في مدة معينة. وفي الغالب تكون هذه المدة قصيرة ، وأن يراعى فيه الأشكال التي يتفق عليها الأطراف.

وسوف نبين في هذا المبحث على التوالي، الشكل الذي يتخذه هذا الإخطار والمدة الواجب القيام به خلالها وذلك في مطلبين متتاليين .

المطلب الأول
شكل الإخطار

٢٨٣- يهدف الإخطار إلى تحقيق هدفين رئيسيين: الأول هو إعلام الدائن، بأسرع وقت ممكن، بوقوع حدث القوة القاهرة أو حدث الـ Hardship حتى يتسنى له اتخاذ الإجراءات المناسبة لتوقي النتائج الضارة لهذا الحدث . و يتمثل الثاني في أن الإخطار يعد وسيلة هامة لإثبات الحدث ونتائجه وخاصة أن الأطراف عادة ما يتفقون على أن يتضمن الإخطار شهادات صادرة من جهات رسمية تؤكد وقوع الحدث ونتائجه على تنفيذ العقد.

والواقع أن هذين الهدفين متعارضان. فالأول يقتضي أن يتم الإخطار في أقصر مدة من وقوع الحدث دون التقيد بشكليات معينة قد تؤخر إتمامه. أما الثاني فيتطلب أن يرد الإخطار في شكل معين حتى يحقق الهدف منه وهو إثبات الحدث بشكل رسمي وبما لا يترك مجالاً للمجادلة.

ولهذين الاعتبارين أثر واضح في معالجة الأطراف لموضوع شكل الإخطار بما يضمن عدم التعارض بينه وبين السرعة التي يجب أن يتم بها. وبطبيعة الحال لا توجد قاعدة عامة لإقامة التوازن بين الأمرين؛ إذ يتوقف الأمر في النهاية على ما يراه الأطراف في كل حالة على حدة.

وسوف نوضح في هذا المطلب مدى أثر هذين الاعتبارين في شكل الإخطار في كل من نصوص التشريعات الوطنية واتفاقيات التجارة الدولية، وكذلك في واقع عقود التجارة الدولية.

٢٨٤- أولا : شكل الإخطار في نصوص التشريعات الوطنية واتفاقيات التجارة الدولية:

لا تولي القوانين الوطنية القليلة التي تعالج مسألة الإخطار اهتماماً كبيراً بالشكل الذي يجب أن يتخذه هذا الإخطار. فالمادة ٤٤٨ من قانون التجارة المصري الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ المتعلقة بالكمبيالة لم تتطلب شكلاً معيناً يتم فيه الإخطار المنصوص عليه في الفقرة الثانية من هذه المادة [1]. ونفس الأمر في المادة ٦/٢٩٣ من قانون ٥ فبراير

---

(١) ونفس الأمر نجده في المادة ٢/٥٢٦ من هذه القانون والمتعلقة بالشيك.

١٩٧٦ الألماني الخاص بالعقود الاقتصادية؛ إذ تحدد شكلاً معيناً للإخطار الذي يجب أن يقوم به المتمسك بالقوة القاهرة لنفي مسئوليته.

ومع ذلك يرى بعض الفقه أنه إذا تطلب الأطراف في عقد خاضع لهذا القانون أن يكون الإخطار مكتوبا، فإنه يجب تفسير كلمة "مكتوب" بمعنى أقل تشددا عما يجرى عليه الحال في القانون الفرنسي. ولذا فالتلكس والبرقية يكفيان لاعتبار الإخطار مكتوبا حتى ولو لم يذكر الأطراف ذلك في العقد [1]. وقد استند هذا الرأى من الفقه إلي المادة ١١ من نفس القانون التي تنص تحت عنوان "قوة الإعلان" Force de la déclaration على أنه "إذا تطلب الأطراف الكتابة، فيكفي أن يثبت المرسل أنه قام بالأجراء الذي يسمح للمرسل إليه بتسلم هذا الإخطار" [2].

ولا يختلف الأمر في القانون التجاري الأمريكي الموحد؛ إذ ينص في المادة ٢- ٦١٥ على أن " على البائع أن يخطر المشترى ٠٠٠٠ في وقت متاح available" دون أن تحدد شكلا معينا يجب أن يكون عليه هذا الإخطار . ويرى بعض الفقه أنه إذا كانت هذه المادة لم تتطلب شكلا معينا للإخطار، فإن الفقرة ٢٦ توجب على المتعاقد الذي يقوم بالإخطار أن يراعي الأشكال المعقولة المتطلبة في مثل هذا الإخطار . [3]

٢٨٥- وإذا انتقلنا إلى الاتفاقيات والشروط النموذجية الخاصة بالتجارة الدولية نجدها قد سارت على نفس المنوال الذي انتهجته القوانين الوطنية في عدم تطلب شكل معين في الإخطار. فالفقرة الرابعة من المادة ٧٩ من اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع(فينا ١٩٨٠) تحدثت فقط عن ضرورة إخطار الدائن بوقوع ظروف القوة القاهرة ، دون أن تلزم الطرف مقدم هذا الإخطار بأن يراعي شكلاً معيناً عند قيامه

---

(١) انظر في هذا المعنى،

ENDERLEIN(F.) , La réglementaton Juridiques de relations économiques internationales en R. D. A ., op .cit. p. 390 et s.

(٢) راجع،

Ibid.

(٣) انظر

LE ROY (D.), Op. cit., p . 681.

به[1]. وإذا كان من الصحيح أن المادة ٧٤ من القانون الموحد للبيع الدولي للمنقولات المادية (لاهاي ١٩٦٤)، لم تنص صراحة على وجوب إخطار الدائن بالظروف التي تواجه المدين، إلا أن المادة ١٤ من نفس القانون تنص على ضرورة أن تتم الاتصالات وفقا لهذا القانون بالطرق المعتادة في مثل ظروف الاتصال [٢].

والوضع يختلف بالنسبة للشروط العامة للبيع CEE / ONU حيث تتطلب في هذا الإخطار أن يتم بالتلغراف أو بالبرقية [٣] ، أما مختلف الشروط العامة للتسليم التي كان قد وضعها الكوميكون فكانت تنص على أن يكون هذا الإخطار مكتوباً، دون أن تحدد وسيلة معينة لهذه الكتابة [٤]. والأمر لا يختلف بالنسبة للشروط العامة التي وضعتها اللجنة الاقتصادية لأوربا [٥].

ولم يتحدث الشرط النموذجي للقوة القاهرة والظروف الطارئة الذي أعدته غرفة التجارة الدولية عن شكل معين عن الإخطار الذي تطلبته الفقرة الرابعة منه، وإنما تحدث فقط عن مدة هذا الإخطار؛ إذ نصت على أن يتم في أسرع وقت ممكن [٦].

أما مبادئ اليونيدرواى "Unidroit" المتعلقة بعقود التجارة الدولية على الرغم من أنها لم تلزم المدين أن يتخذ شكلاً معيناً عندما يخطر دائنه عن وجود العائق وآثاره على موقفه في التنفيذ. ومع ذلك تجدر الإشارة إلى المادة ١-٩ من هذه المبادئ التي تنص في الفقرة الأولى تحت عنوان " الإخطار" على أنه " عندما يكون الإخطار متطلباً، يجب أن

---

(١) انظر في ذلك

AUDIT (B) , Op. cit., p . 184

(٢) تنص المادة ١٤ من هذا القانون على أن " الاتصالات المنصوص عليها في هذا القانون يجب أن تتم بالطرق المعتادة Les moyens usules في مثل الظروف " .

(٣) مادة ٧٦/ (أ) من هذه الشروط المشار إليها سابقاً.

(٤) انظر في ذلك،

LE ROY(D.), Op. cit., p. 681

(٥) انظر المادة ٢/٢٥ من الشروط رقم ١٨٨/(٨)، والمادة ٢٥ من الشروط رقم ٥٧٤ ( )A، مادة ٢/١٠ من الشروط رقم ٧٣٠، وانظر في تفصيل ذلك،

LOUSSOURAN et BREDIN, Op. cit., p. 944, p. 969 et p. 975.

(٦) الفقرة ٤ من هذا الشرط، خاصة ص ٩.

يتم بوسيلة مناسبة للظروف [١].

٢٨٦- خلاصة الأمر أن معظم اتفاقيات التجارة الدولية، وكذلك القوانين الوطنية التي توجب الإخطار، لا تتطلب شكلاً معيناً يجب أن يتم فيه هذا الإخطار. ويبدو أن واضعي هذه النصوص يعطون الأولوية لعنصر السرعة التي يجب أن يتسم بها الإخطار والتي تتناسب مع خطورة و أهمية الموقف. ولهذا تنص بعض اتفاقيات التجارة الدولية، حتى التي لم تتطلب شكلاً معيناً في الإخطار، على أن يتم بالطريقة المناسبة للظروف.

والجدير بالذكر أن مصطلح بالكتابة "par écrit" الذي تنص عليه بعض الاتفاقيات يجب أن يفهم ويفسر بشكل أقل تشدداً فيما يتعلق بالتجارة الدولية عن القوانين الداخلية. ويعزو هذا التفسير المتشدد إلى أن عدم التنفيذ أو التأخير في تنفيذ هذه العقود يترتب عليه آثار جسيمة تتفاقم بمرور الوقت، ومن ثم يجب أن يعلم بها الطرف الآخر بأسرع وقت ممكن بغض النظر عن التقيد بشكليات معينة في الإخطار قد تؤخر القيام به. وتجدر الإشارة، في المقابل إلى أن الشكل يعتبر عنصراً هاماً بالقدر الذي يسهل فيه إثبات قيام المدين بإخطار الدائن عند المجادلة بينهم في تمام الإثبات. فإذا تم الإخطار عن طريق التليفون على سبيل المثال، فلاشك أنه أصعب في الإثبات عما إذا تم بطريق البرقية أو التلغراف أو التلكس.

٢٨٦- ثانياً : شكل الإخطار في الشروط التعاقدية :

إذا كانت مسألة الشكل الذي يتخذه الإخطار لم تحظ باهتمام التشريعات الداخلية واتفاقيات التجارة الدولية، فإن الأمر ليس مختلفاً فيما يتعلق بالشروط التعاقدية التي اعتاد الأطراف إدراجها في عقودهم. فبعض الشروط التعاقدية، حتى الشروط النموذجية للقوة القاهرة أو لشرط "إعادة التفاوض" Hardship التي أعدها الفقهاء في مؤلفاتهم، تهمل تحديد هذا الشكل [٢].

---

(١) انظر المادة ١-٩ من هذه المبادئ.

(٢) انظر على سبيل المثال الشرط النموذجي الذي أعده الأستاذ "فان أومسيلاج "VAN OMMESLAGHE"، مشار إليه في، op. cit., p.53.

وعلى العكس من ذلك ينص المرشد للتوريد Guide l'exportation الذي أعدته اللجنة الفرنسية لتبسيط الإجراءات في التجارة الدولية على أن " المورد الذي يتمسك بالظروف يجب عليه أن يعلم المشترى كتابة بوقوع هذه الظروف وبوقت انتهائها "، مشار إليه في،

LE ROY (D),Op. cit., p. 683.

ومن الشروط التي تتطلب ببساطة الإخطار دون تحديد شكله ذلك الذي اتفق فيه الأطراف على أن "الطرف الذي يتمسك بالقوة القاهرة يجب أن يخطر الطرف الآخر .... " [١]، وكذلك الشرط الذي ينص على أن " الطرف الذي يتمسك بوقوع حدث القوة القاهرة في مفهوم هذا العقد يجب أن يخطر الآخر في أقرب وقت ممكن وبكل وسيلة par tout moyen" [٢].

ومن الشروط ما يوجب أن يتم الإخطار كتابة " par écrit " أو"in writing" مثل الشرط الذي ينص على أن "يجب أن يخطر الطرف X الطرف Y كتابة بوقوع حدث القوة القاهرة " [٣].

وقد يتفق الأطراف على أن يتم الإخطار ببرقية أو تلكس. ومثال ذلك الشرط الذي ينص على أن "يلتزم البائع بأن يخطر المشترى ببرقية ببداية ونهاية القوة القاهرة" [٤]. وكذلك الشرط الذي ينص على أن "يلتزم الطرف الذي لم يتمكن من تنفيذ التزاماته بسبب القوة القاهرة بأن يخطر بالتلكس الطرف الآخر ... " [٥].

وفي بعض العقود نجد أن الإخطار يتم تليفونياً مع تأكيده بالكتابة بعد ذلك. ومثال هذه الحالة يترجمه جيداً الشرط الذي اتفق فيه الأطراف على أن "الطرف الذي يدعى وجود حالة القوة القاهرة يجب أن يعلن الطرف الآخر بوقوع هذا الحدث في الحال بالتليفون، الذي يجب تأكيده بعد ذلك ببرقية أو تلكس" [٦].

---

(١) مشار إليه في، FONTAINE (M.), Op. cit., p. 222.

(٢) ملحق رقم ٣، مشار إليه في. LE ROY(D.), op. cit., P. 750.

(٣) ملحق رقم ٣، مشار إليه في، LE ROY (D.), Op. cit., p. 750.

وانظر أيضاً الملاحق رقم ١٢، ١٣، ١٤، ١٥ و ١٩، مشار إليهم في، Op. cit., p. 765 et s.

وانظر الشرط المشار إليه في، FONTAINE (M.), Op. cit., p. 222..

(٤) شرط مشار إليه في الملحق رقم (٤) مشار إليه في، LE ROY(D), OP. cit., P. 751s.

(٥) شرط مشار إليه في الملحق رقم (٨)، مشار إليه في، Op. cit., p. 760.

(٦) شرط مشار إليه في، FONTAINE (M.), OP. cit., p. 222.

وانظر أيضاً الشرط المشار إليه في، KAHN (Ph.), Force majeure et contrats internationaux, Op. cit., p. 478.

المطلب الثاني
مـدة الإخطـــار

٢٨٨- تقتضي خطورة النتائج المترتبة على حدث القوة القاهرة أو إعادة التفاوض Hardship أن يتم الإخطار بوقوع الحدث والنتائج المترتبة عليه في أسرع وقت ممكن. وتأتي أهمية تحديد هذه المدة في تحديد اللحظة التي يمكن فيها إسناد الخطأ لأي من المتعاقدين (وخاصة المتعاقد المدين) لعدم احترامه لواجب الإخطار، ومع ذلك تتنوع هذه المدة بتنوع العقود والمواقف، فلا توجد قاعدة عامة في هذا الشأن.

وسوف نوضح في هذا المطلب مقدار هذه المدة في نصوص القوانين الوطنية والشروط النموذجية والاتفاقيات المتعلقة بالتجارة الدولية وذلك في (أولا)، ومقدارها في الشروط التعاقدية وذلك في (ثانياً)

٩٨٢- أولا : مدة الإخطار في التشريعات الوطنية واتفاقيات التجارة الدولية :

على عكس الشكل الذي يجب أن يقدم فيه الإخطار، أولت التشريعات الوطنية واتفاقيات التجارة الدولية المدة الواجب خلالها إتمام هذا الإخطار اهتماما واسعا، وذلك بنصها على مدة معينة وإن كانت تتنوع من حالة لأخرى. فعلى سبيل المثال تعبر المادة ٢/٤٤٨ وكذلك المادة ٢/٥٢٦ من قانون التجارة المصري الجديد عن هذه المادة بقولها "دون إبطاء" [١]. ويحدد قانون ٥ فبراير ١٩٧٦ الألماني الذي ينظم العلاقات الاقتصادية الدولية هذه المدة بأنها أقرب وقت ممكن "Aussitôt"، وذلك في الفقرة السادسة من المادة ٢٩٣ منه [٢]. أما قانون التجارة الأمريكي الموحد فيعبر عن سرعة إتمام هذا الإخطار بالنص في المادة ٢- ٦١٥ ، على أنه يجب أن يتم الإخطار في " وقت متاح أو مفيد "available" ولكنه في المقابل، يلزم المشترى في المادة ٢- ٦١٦ /٢ بأن يخطر البائع برغبته في تعديل العقد في مدة معقولة لا تتجاوز ثلاثين يوماً [٣]

---

(١) نصوص هذا القانون واردة في، الجريدة الرسمية العدد ١٩ مكرر – الصادر في ١٧ مايو ١٩٩٩.

(٢) راجع المادة ٢٩٣ من هذا القانون.

(٣) راجع المواد المذكورة في هذا القانون.

والجدير بالذكر أنه بالنسبة للدول التي لا تحدد قوانينها هذه المدة بشكل دقيق، فإن تحديد هذه المادة يتم وفقا للقواعد العامة المطبقة في هذه الدول ومبدأ حسن النية في تنفيذ العقود.

أما بالنسبة لاتفاقيات التجارة الدولية والشروط العامة والنموذجية المتعلقة بها فلم تستخدم مصطلحا واحدا للتعبير عن المدة المطلوبة لتمام الإخطار، وإن كانت تتفق على ضرورة القيام به في أسرع وقت ممكن. فعلى سبيل المثال استخدمت اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع (فيينا ١٩٨٠) تعبير "مدة معقولة délai raisonable[١]". وعبر الشرط النموذجي للقوة القاهرة والظروف الطارئة الذي أعدته غرفة التجارة الدولية لسنة ١٩٨٥ عن سرعة تمام الإخطار بقوله "بقدر الإمكان" [٢].

وقد كانت الشروط العامة للتسليم الصادرة عام ١٩٦٨ تنص في المادة ١٦٩ على أن الإخطار بوقوع الحدث وبوقوع نتائجه يجب أن يتم "بلا تأخير"، وتلزم الفقرة الثالثة من هذه المادة الطرف الثاني أن يخطر الأول، إذا أراد فسخ العقد في هذه الحالة، بهذه النية في مدة ٣٠ يوماً من وصول الإخطار إليه [٣]. أما بقية الشروط فتستخدم لذلك تعبيرات مختلفة وإن كانت تتفق جميعها في وجوب أن يكون الإخطار بأسرع وقت ممكن. فبعض الشروط اشترطت أن يتم الإخطار "دون تأخير" [٤]، أما نماذج بيع الحبوب سيف وفوب ونماذج بيع الوقود الصلب فقد استخدمت لذلك مصطلح "برقياً وفوراً" [٥]

---

(١) انظر الفقرة الرابعة من المادة ٧٩ من هذه الاتفاقية. وقد استخدمت مبادئ Unidroit المتعلقة بالتجارة الدولية نفس التعبير. انظر الفقرة الثانية من المادة ٧-١-٧ من هذه المبادئ.

(٢) انظر البند الرابع من هذا الشرط، ص ٨.

(٣) انظر،

LE ROY (D.), Op. cit., p. 676.

وقد أخذت شروط عام ١٩٧٥-١٩٧٩. بهذه الأحكام وهي واردة في،

JDI, 1975, p. 115 et s.

(٤) انظر الشروط العامة رقم ١٨٨ (A)، مادة ٢/٢٥، الشروط العامة ٥٧٤ (A)، والشروط العامة رقم ٧٣٠، مادة ٢/١٠، وكذلك شروط الكوميكون.

(٥) انظر في ذلك. د. أحمد الحداد، رسالة سابقة، ص ٣٦٧.

وأخيرا تعبر مبادئ "اليونيدرواى" Unidroit عن هذه المدة بالمدة المعقولة "délai raisonable" [1].

ثانيا : مدة الإخطار في الشروط التعاقدية :

يعكس الواقع التعاقدى، بصفة عامة، أهمية أن يتم الإخطار عن تغير الظروف، أيا كانت صورته، بأسرع وقت ممكن بعد علم المدين بوقوع الحدث. وفي تحديدهم لهذا الوقت، يستخدم الأطراف مصطلحات متعددة، فقد يحددون مدة معينة من الأيام وقد يعبرون عن سرعة الإخطار دون تحديد عدد معين من الأيام.

١ - تحديد الأطراف لعدد معين من الأيام :

يتفاوت عدد الأيام الذي يعبر خلاله الأطراف عن نيتهم في أن يخطر المدين الدائن بوجود صعوبات في التنفيذ. ففي بعض الشروط قد تكون هذه المدة ثمانية أيام، كالشرط الذي اتفق فيه الأطراف على أن "يلتزم المتعاقد الذي لم يستطع تكملة التزامه بسبب حالة القوة القاهرة بأن يخطر المتعاقد الآخر في مدة ثمانية أيام بوقوع الحدث.... ..." [2]. وقد تكون هذه المدة عشرة أيام، ومثال لذلك الشرط الذي ينص على أن "يلتزم الطرف X بأن يخطر الطرف Y كتابة في مدة عشرة أيام بقيام حالة القوة القاهرة" [3].

وقد يحدد الأطراف هذه المدة بخمسة عشر يوماً، ومثال لذلك الشرط الذي ينص على أن "يلتزم البائع بأن يخطر المشترى بخطاب مسجل بوقوع حدث القوة القاهرة خلال خمسة عشر يوما تبدأ من لحظة وقوع الحدث" [4]. ومن ذلك أيضاً المادة ١٣/ب من عقد الترخيص باستخدام براءة الاختراع بين شركة فيليبس موريس المساهمة وشركة أيه بى سى المصرية ذات المسئولية المحددوة، حيث نصت هذه المادة على أن

---

(١) انظر الفقرة الثالثة من المادة ٧-١-٧ من هذه المبادئ.

(٢) الملحق رقم ٨، مشار إليه في، LE ROY (D.),Op. cit., p. 760.

(٣) الملحق رقم (١)، مشار إليه في، Op. cit., p. 748.

(٤) ملحق رقم ٦، مشار إليه في، Op. cit., p. 755.

وأيضاً الملحق رقم ١٢، مشار إليه في نفس المرجع، ص ٧٦٨.

"يخطر الطرف الذي يتمسك بحدث من أحداث القوة القاهرة من شأنه أن يؤخر أو يعلق أداء الالتزامات الموضحة في العقد، الطرف الآخر بوقوع ذلك الحدث في غضون خمسة عشر (١٥) يوماً من وقوعه" [١]. وقد تتحدد هذه المدة بثلاثين يوما كالشرط الذي ينص على أن "يلتزم البائع بأن يخطر المشترى بوجود حالة القوة القاهرة، خلال ٣٠ يوما من وقوع الحدث" [٢]

٢٩٢ - ٢- عدم تحديد الأطراف لعدد معين من الأيام :

تشير غالبية الشروط التعاقدية إلي أن الأطراف يعبرون عن سرعة تمام الإخطار بعبارات تدل على هذه السرعة دون تحديد عدد معين من الأيام. وتتنوع المصطلحات التي يستخدمها الأطراف في هذا الصدد، ولكنها في النهاية تتفق في العجلة التي يفرضها الموقف والتي تتطلب أن يتم هذا الإخطار دون تأخير. ومن المصطلحات التي يستخدمها الأطراف في هذا الصدد. "في أسرع وقت" Aussitôt"، في أسرع وقت ممكن Aussitôt que possible"، في الحال immediately أو immédiatement"، في مدة معقولة un délai raisonable أو a reasonable time"، في مدة مفيدة en temps utile [٣].

وإذا كانت بعض الشروط التعاقدية تحدد مدة الإخطار بأيام معينة أو تنص على أن تكون هذه المدة قصيرة ، فإن غالبية الشروط لا تتعرض لهذه المدة. ويفسر الفقه عدم تعرض الأطراف لها بأنهم تركوا تحديد هذه المدة للقواعد العامة التي توجب تمام الإخطار بأسرع وقت ممكن، حتى يكون الدائن على بينة من أمره، ويتمكن من اتخاذ الإجراءات التي تخفف من الأضرار الناجمة عن عدم التنفيذ [٤].

---

(١) عقد مشار إليه في. محمود محمد على صبره، ترجمة العقود التجارية. بدون ناشر، ١٩٩٧، ص ٢٦١ وما يليها، وبصفة خاصة ص ٢٨٣.

(٢) شرط مشار إليه في. FONTAINE(M.),Op. cit. ., p. 223.

(٣) انظر في هذه المصطلحات.
FONTAINE (M.), Op. cit., p. 223 ; ABDUL MUNIM H.(A.), op. cit., p.357, n° 646.

(٤) انظر في ذلك.
LE ROY (D.), Op. cit., p. 678 ; FONTAINE (M.), Op. cit., p. 222 ; ANTONMATTEI (P. - H.), Op. cit., n° 244, p. 175.

الفرع الثاني
مضمون الالتزام بالإخطار وجزاء عدم الوفاء به

٢٩٣- عند وقوع حدث القوة القاهرة أوالـ Hardship وفي الفترة ما بين توقف سريان العقد بسبب هذا الحدث وحتى العودة إلى التنفيذ العادي مرة أخرى أو فسخ العقد، يجب أن يعلم المتعاقدان، بالتبادل، بالوقائع التي حدثت وأثر هذه الوقائع على تنفيذ العقد، وتطورات هذه النتائج، والإجراءات الجديدة التي اتخذها كل منهما في سبيل تفادى هذه النتائج، وهذا كله يجرنا إلى الحديث عن العناصر التي يتم تبادل العلم بها بين المتعاقدين.

وإذا تقاعس أحد المتعاقدين عن إخطار الآخر بما يجب إخطاره به، فإن التساؤل الذي يفرض نفسه يدور حول الجزاء الأنسب لهذا التقاعس.

وعلى هذا سوف نقسم هذا الفرع إلى مبحثين، يختص الأول ببيان مضمون الالتزام بالإخطار، ويتعلق الثاني بالجزاء المترتب على عدم الوفاء بهذا الالتزام.

المبحث الأول
مضمون الالتزام بالإخطار

٢٩٤- يتمثل واجب المدين بالإخطار في أمرين : أولاً يجب أن يخطر الدائن في أسرع وقت ممكن بوقوع الحدث نفسه وبنتائجه. وتكمن حكمة الاستعجال في هذا الإجراء، كما أوضحنا سابقاً، في تمكين الدائن من اتخاذ الإجراءات السريعة المناسبة لهذا الموقف. ثانياً على المدين أن يقدم للدائن كل الإثباتات والمستندات التي تؤكد حقيقة ما حدث، أي حقيقة وقوع الحدث وكذلك آثاره على تنفيذ العقد. والسرعة ليست لها أولوية كبيرة عند القيام بهذا الإجراء الثاني، فما يهم الدائن في هذه الحالة هو تقديم المستندات والوثائق الصحيحة التي لا شبهة فيها والتي تؤكد صدق المدين في ادعاء وجود الحادث.

وعلى هذا، فإن هناك أمرين يرد عليهما الإخطار : الأول هو وقوع الحدث ونتائجه، والثاني هو المستندات والوثائق الواجب تقديمها للمتعاقد الآخر. وسوف نعالج كل أمر من هذين الأمرين على حدة في مطلب مستقل.

المطلب الأول
الإخطار بوقوع الحدث وبنتائجه

٢٩٥-يرد الإخطار على كل الظروف التي تعوق تنفيذ العقد، سواء بجعله مستحيلاً، أو بالإخلال بتوازنه الأساسي. ولذا فإن المدين يجب أن يعلم الدائن ببداية وقوع الحدث وبنهايته، وبالآثار الحالة التي يرتبها الحدث على تنفيذه لالتزامه وكذلك الآثار المتوقعة لهذا الحدث.

ولكن التساؤل الذي يثور في هذا المقام: هل يلتزم المدين بالبحث بنفسه عن المعلومات المتعلقة بالظروف التي صاحبت وقوع الحدث، وبمعنى آخر هل يقع عليه التزام بإعلام نفسه أولاً لكى يتمكن من إخطار الدائن؟

هذا ما سوف نبينه في هذا المطلب الذي ينقسم إلى نقطتين، نعالج في الأولى الإخطار بكل الظروف التي تعوق التنفيذ وبنتائجها، وندرس في الثانية مقتضيات الالتزام بالإخطار.

٢٩٦- أولاً: الإخطار بكل الظروف التي تعوق تنفيذ العقد ونتائج هذه الظروف:

على الرغم من أن غالبية الفقه تتفق على ضرورة أن تضمن الإخطار بياناً ببداية الواقعة ونهايتها وبالنتائج المترتبة عليها خاصة فيما يتعلق بتنفيذ المدين لالتزامه، [١]، إلا أن القوانين الوطنية التي تعالج موضوع الإخطار لا تهتم جميعها ببيان العناصر التي يجب أن يشملها الإخطار. فعلى سبيل المثال اكتفت المادة ٢/٤٤٨ وكذلك المادة ٢/٥٢٦ من قانون التجارة المصري الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ بالإشارة إلى ضرورة إخطار الحامل من ظهر إليه الكمبيالة أو الشيك بوقوع القوة القاهرة دون تحديد أكثر للعناصر التي يجب أن يشملها هذا الإخطار [٢]. وكذلك الحال بالنسبة لقانون التجارة الأمريكي

---

(١) انظر على سبيل المثال،

KAHN (Ph.), Force majeure et contrats internationaux., op. cit., p. 479 ; FONTAINE (M.), Op. cit., p. 223.

وانظر أيضاً، د. رضا محمد إبراهيم عبيد، رسالة سابقة، بند ٢٥٥، ص ٤٧٥.

(٢) راجع نصوص هذا القانون واردة في الجريدة الرسمية، العدد ١٩ مكرر – الصادر في ١٧ مايو ١٩٩٩.

الموحد فلم يتضمن أية إشارة إلى هذه العناصر. بل اكتفت المادة ٢-٦١٦/١ المتعلقة بإجراء الإخطار، والمادة ١-٢٠١/٢٧،٢٦ المتعلقة بالتعريفات العامة، بالنص على أن يتم الإخطار في مدة معقولة دون تحديد البيانات الواردة في هذا الإخطار.

وعلى العكس من ذلك، فإن القانون الألماني للعقود الاقتصادية الدولية قد أوضح بعض عناصر هذا الإخطار في المادة ٢٩٣/٦ منه وهى، وقوع الحدث المكون للقوة القاهرة، التأخير المحتمل في التنفيذ، التعديلات اللاحقة لهذا التأخير، وأيضاً انقضاء الالتزام بالتنفيذ نتيجة وقوع الحدث [١].

وعلى مستوى اتفاقيات التجارة الدولية وكذلك الشروط العامة المتعلقة نلاحظ اهتماماً بتحديد بعض العناصر التي يجب أن يتضمنها إخطار المدين بالظروف، وإن اختلفت هذه العناصر من اتفاقية لأخرى. فاتفاقية فينا للبيع الدولى للبضائع تحدد هذه العناصر بوجود العائق وأثره في قدرته على التنفيذ [٢]. ونفس هذا البيان هو الذى تحدث عنه الشرط النموذجي للقوة القاهرة والظروف الطارئة الذي أعدته غرفة التجارة الدولية عام ١٩٨٥ [٣].

أما الشروط العامة للبيع CEE /ONU فقد نصت على عناصر أو بيانات أخرى يجب أن يشملها الإخطار. وهذه البيانات هى، بداية ونهاية الظروف التي يتمسك بها المدين [٤]. وتعكس الشروط العامة للتسليم التي كان قد وضعها الكوميكون تطورات التعامل في التجارة الدولية؛ إذ تدرجت في تحديد هذه العناصر بحسب الأعوام الصادرة فيها. ففي شروط عام ١٩٥٨ نصت المادة ٤٦/٣ على أن هذه البيانات هى وقوع الأحداث المذكورة سابقاً، ونهايتها [٥]. أما شروط عام ١٩٦٨ قد حددت هذه العناصر في المادة ٦٩/١.٣ بأنها وقوع الأحداث، ووصف دقيق لها، والنتائج المحتملة لها، واختفاء هذه

---

(١) انظر الفقرة السادسة من المادة ٢٩٣ من هذا القانون.

(٢) انظر المادة ٧٩/٤ من هذه الاتفاقية.

(٣) انظر البند الرابع من هذا الشرط، بصفة خاصة ص ٨. ونفس هذه العناصر هى المنصوص عليها في المادة ٧-١-٧/٣ من مبادئ Unidroit.

(٤) انظر المادة ٧٩/(i) من هذه الشروط.

(٥) الترجمة الفرنسية لهذه الشروط واردة في.
KAHN (Ph.), Vente internationale, op. cit., p. 402.

الظروف [1].

٢٩٧- وتتنوع البيانات أو العناصر التي يجب أن يحتوي عليها الإخطار في واقع عقود التجارة الدولية؛ إذ يعكس فحص الشروط التعاقدية تنوعاً كبيراً في هذه البيانات. فغالبية الشروط التي يهتم فيها الأطراف بمعالجة مسألة الإخطار تشير فقط إلى ضرورة القيام بالإخطار دون تحديد لعناصر هذا الإخطار [2]. وفي بعض الشروط يحدد الأطراف هذه العناصر ببداية وقوع الحدث وبنهايته، كالشرط الذي ينص على أن " يلتزم البائع بأن يخطر المشترى دون تأخير ببداية وقوع أحداث القوة القاهرة وبنهايتها " [3].

وقد يقصر الأطراف الإخطار على وقوع القوة القاهرة فقط، ومثال ذلك الشرط الذي ينص على أنه "يلتزم البائع بأن يخطر المشترى .... بوقوع القوة القاهرة خلال الـ ١٥ يوماً التالية لوقوعها" [4]. وفي شروط أخرى يتضمن الإخطار بيان الأثر الذي تتركه الأحداث على تنفيذ العقد، كالشرط الذي اتفق فيه الأطراف على أنه "إذا تمسك أحد المتعاقدين بحالة القوة القاهرة، فيجب أن يخطر المتعاقد الآخر بآثار هذه الحالة على تنفيذ العقد" [5].

وقد يصيغ الأطراف إرادتهم في هذا الصدد بشكل عام دون تحديد بيانات معينة

---

(١) الترجمة الفرنسية لهذه الشروط واردة في،

L' annuaire de l' urss, 1970-1971, p. 641 et s.

ونفس هذه البيانات هى الواردة في الشروط الصادرة عام ١٩٧٥-١٩٧٩، وإن كانت هذه الشروط قد أضافت كيفية إثبات هذه الأحداث ونتائجها. هذه الشروط واردة في،

JDI, 1985, p. 416 et s.

(٢) انظر على سبيل المثال، الملاحق رقم ١٢،١٣، ١٠، ١،٣،٧، واردة في

LE ROY (D.), Op. cit., p. 748,750,757, 763, 765 et 769.

وانظر أيضا الشروط العديدة المشار إليها في،

MALINVERNI (P.), Les conditions générales de vente., op. cit., p. 172 et s.

(٣) ملحق رقم ٤ مشار إليه،

LE ROY (D.), Op. cit., p.751.

وانظر أيضاً الملحق رقم ١٢، مشار إليه في نفس المرجع، ص ٧٦٨.

(٤) ملحق رقم (٦)، مشار إليه في،

LE ROY (D.), Op. cit., p. 755.

(٥) ملحق رقم (٢) مشار إليه في،

LE ROY (D.), Op. cit., p. 749.

يجب أن يحتويها الإخطار، ومن أمثلة هذا النوع من الشروط ذلك الذي ينص على أن ".... يجب أن يتضمن هذا الإخطار كل المعلومات المفيدة المتعلقة بالظروف" [١].

ومن الشروط التعاقدية ما يحدد بيانات الإخطار بأنها " وقوع حالة القوة القاهرة، والمدة المفترضة للتأخير في تنفيذ الالتزام، ونهاية القوة القاهرة " [٢].

الخلاصة إذن أنه إذا أخذنا في الاعتبار أن الهدف الأساسى لهذا الإخطار هو بدء تبادل المعلومات بين أطراف العقد بخصوص الظروف التي طرأت على التنفيذ وأثرها في سريان العقد، فإنه يجب القول بأن وقوع الحدث أو اختفاءه ليس هو الذي يحتل الأهمية الكبيرة بالنسبة للأطراف، وخاصة الدائن، وإنما الآثار الناجمة عن هذه الأحداث. ولذلك يجب أن يحتوى الإخطار بصفة جوهرية، إلى جانب المعلومات عن بداية الحدث، على بيان مفصل بالآثار الحالة والمحتملة التي يمكن أن تحدث والتي تؤثر بشكل أو بآخر على تنفيذ التزامات المتعاقدين، والحلول المحتملة لهذه الآثار والوقت والتكلفة التي تحتاجها هذه الحلول للتنفيذ و أثر ذلك كله على الالتزام الأصلي الذي من أجله أبرم العقد [٣].

٢٩٨ - ثانياً : مقتضيات الالتزام بالإخطار :

أ- بالنسبة للمدين :

قدمنا أن المدين ملتزم بأن يخطر الدائن بكل المعلومات الكافية عن وقوع الأحداث التي تعرقل تنفيذ العقد ونتائج هذه الأحداث الحالة و المحتملة. وحتى يتمكن المدين

(١) ملحق رقم (٥)، مشار إليه في.

LE ROY (D.), Op. cit., p. 753.

(٢) ملحق رقم (٨) مشار إليه في.

Op. cit., p. 760.

(٣) وتطبيقاً لهذه الوجهة من النظر لم يحدد الأستاذ "برا بنت" BRABANT في الإخطار الواجب القيام به بالنسبة للعقد الدولى للإنشاء إلا الإخطار عن نتائج الحدث فقط.

BRABANT (A.), Op. cit., p. 318.

ومثال لبعض الشروط التي تتبنى هذه الوجهة من النظر، الشرط الذي ورد في عقد بيع غاز الذي اتفق فيه الأطراف على أن " يجب أن يتضمن الإخطار معلومات عن الظروف التي وقعت، ووضع جدول للخطوات والوقت المناسب لعلاج هذه الظروف مع تقديم التسهيلات اللازمة للتأكد من وجود مثل هذه الظروف، تشمل تسهيلات تتعلق بتفتيش الأماكن إذا أراده الطرف الآخر وعلى نفقته ". شرط مشار إليه في.

KAHN (Ph.), Force majeure et contrats internationaux., op . cit., p. 478.

من تنفيذ هذا الالتزام يجب أن يعلم هو أولاً بكل هذه المعلومات حتى يتمكن من إخطار الدائن بها، أو كما يقول الأستاذ "جيستان GESTIN" "يجب أن يعلم المدين أولاً حتى يتمكن من إعلام الدائن" [١].

وعلى ذلك يلتزم المدين بالبحث عن البيانات والمعلومات المفيدة والمتعلقة بالظروف التي وقعت حتى يخطر بها الدائن، فلا يقبل منه أن يظل سلبياً ويحتج بجهله بالظروف التي وقعت لتخلصه من المسئولية عن الإخطار الناقص [٢].

والتزام المدين بأن يعلم نفسه حتى يتمكن من إعلام الدائن هو التزام بالحرص والاحتياط يجد مصدره في بعض القوانين الوطنية تطبيقاً لمبدأ حسن النية [٣].

ويتطلب بعض الفقه من المدين المهني أو المتخصص أن يكون أكثر إيجابية في بحثه عن المعلومات من غير المهني أو غير المتخصص. وبمعنى آخر يلقي هذا الفقه على عاتق المدين المهني مسئولية أكبر في البحث عن البيانات والمعلومات المتعلقة بالأحداث [٤].
ولهذا يشير البعض إلى أنه لا يكفي لتخلص المدين من المسئولية عن الإخطار أن يثبت أنه قد قام بإخطار الدائن بالمعلومات المتعلقة بموضوع الأحداث التي وقعت، بل عليه استناداً إلى صفته المهنية أن يقوم بالبحث الدقيق والكافي ليحيط نفسه علماً بكل الملابسات والظروف التي عاصرت وقوع الحادث وبعد وقوعه أيضاً [٥].

---

(١) انظر،
GESTIN, Note sous cass. Civ., 13 février 1981, d. 1984, p. 457.

(٢) في نفس المعنى،
OSMAN (F.), Op. cit., p. 144.

(٣) انظر،
Ibid.

(٤) انظر في ذلك،
OSMAN (F.), Op. cit., p. 149 et 150.

(٥) انظر،
PICOD (Y.), L' obligation de coopération., op. cit., n° 18 et 22.

ب - بالنسبة للدائن :

والحديث عن التزام المدين بأن يعلم نفسه ، يؤدى بنا في الواقع إلى التساؤل، في المقابل، عن موقف الدائن؛ هل يظل سلبياً حتى يصله إخطار المدين بوقوع الأحداث وبنتائجها لكى يقوم بالإجراءات الضرورية لتخفيف الضرر الواقع عليه أو للحفاظ على العقد والبحث عن الحلول المناسبة لعلاج الموقف الذي خلقته الظروف الجديدة، أم يوجب عليه حسن النية أن يبحث بنفسه عن هذه المعلومات مادامت متاحة له ؟ و بمعنى آخر ألا يلتزم الدائن بأن يعلم نفسه ؟

يذهب بعض الفقه إلى أن على الدائن في هذه الحالة التزاماً يشابه التزام المدين. فيجب عليه أن يثبت حسن نيته وحرصه الذي يفرضان عليه، وفقا للظروف، أن يبحث عن المعلومات والبيانات التي من شأنها أن تساعد في اتخاذ الإجراءات المناسبة للموقف، ولا ينتظر حتى يصله إخطار المدين الذي قد لا يعلم هو نفسه بوقوع الحدث أو بتفاصيل أكثر عنه [١].

ونميل من جانبنا إلى هذا الرأى. وتفسير ذلك أن الهدف الرئيسي من الإخطار، كما رأينا، هو إعلام الطرف الأخر بكل الظروف التي يواجهها تنفيذ العقد والتي من شأنها أن تؤثر فيه بشكل أو بآخر. فإذا علم الدائن بهذه الظروف، أو كان من المتاح له أن يعلم بها، فليس من المقبول منه، إعمالا لمبدأ حسن النية، أن يحتج بعدم وصول إخطار من المدين إليه يخبره بوقوع الأحداث [٢]. وعلى الدائن في حالة علمه بالأحداث أمن يتصرف

---

(١) انظر.

JOURDIN (P.), Le devoir de se renseigner, contribution à l'étude de l'obligation, D, 1983, chro., p, 139 ; OSMAN (F.), Op. cit., p. 139 et s.

(٢) انظر في هذا المعنى.

LARROUMET (Ch.), Droit civil. T. 11, Les obligations., op. cit., n° 375, p. 313.

الذي يرى أنه لا يوجد سبب لبقاء الالتزام بالإخطار إذا علم الطرف الآخر بسهولة بمضمون الإخطار، أى أن هناك حدوداً، في رأى هذا الأستاذ، بين ما يمكن معرفته بسهولة، وما يجب أن يتم الإخطار به. وانظر تطبيقاً لهذه الفكرة حكم النقض الفرنسي الصادر بصدد مسئولية أحد الأطباء،

Cass. civ., 1ère ch., 20 mars 1984, Bull. civ., n° 107, p. 89.

كما لو كان قد وصله إخطار من المدين الذي قد لا يكون هو نفسه عالما بها.

وفي حالة علم الدائن بوقوع الأحداث، سواء عن طريق الإخطار الذي أرسله المدين أو توصله إلى هذه المعلومات من تلقاء نفسه، هل يجب عليه أن يتخذ موقفاً تجاه العقد بعد وقوع هذه الأحداث ؟ أو بمنعى آخر هل يجوز للدائن أن يتخذ موقفاً سلبياً ولا يرد على إخطار المدين في حالة وصول هذا الإخطار إليه ؟

يرى البعض أنه على الدائن في هذه الحالة أن يفصح عن رغبته ويمارس حقه في اختيار أحد الخيارات المتاحة له، سواء بإعلان رغبته في إعادة التفاوض في العقد أو بفسخ العقد، أو بإحالة الأمر إلى التحكيم، أو باستمرار تنفيذ العقد بنفس شروطه الأصلية. وفي حالة عدم ممارسته لأي خيار من هذه الخيارات، فإن هذا يوجب مسئوليته التعاقدية إذا رغب في ممارسة هذا الخيار بعد ذلك [١].

ونجد تطبيق هذه الفكرة في المادة ٢-٢١٦/٢ من قانون التجارة الأمريكي الموحد حيث ينص على أنه "إذا تسلم المشترى إخطار البائع ولم يطلب تعديل العقد في مدة معقولة لا تتجاوز ثلاثين يوما، فإن العقد يكون موقوفا بالنسبة لعمليات التسليم التي لم تتم والتي كانت محل الإخطار" [٢].

وفي بعض الشروط التعاقدية يحدد الأطراف الإجراء الواجب اتخاذه بعد وصول الإخطار. وفي هذه الحالة يلتزم الدائن بالقيام به وإلا تعرض للمسئولية التعاقدية. ومن هذه الشروط ما ينص على أن الأطراف "سوف يتشاورن، بروح من التفاهم والعدالة كي يجدوا، باتفاق مشترك، العلاج المناسب للموقف" [٣]. ونفس هذه الشروط أو شروط مشابهة نجدها في العقود الدولية للإنشاء [٤] وعقود بيع

---

(١) انظر،

LE ROY (D.), Op. cit., p. 702.

(٢) انظر المادة ٢- ٢/٢١٦ من هذا القانون.

(٣) شرط مشار إليه في،

DELEUZE (J. - M.), Le contrat de transfert de technologie, 4 ° éd., 1988, formule 44 et 96.

(٤) انظر في ذلك،

BRABANT (A.), Op. cit., p. 318.

الغاز[1] وعقود التصنيع (تسليم مفتاح)[2].

ومن جانبه أكد قضاء التحكيم نفس الاتجاه في القضية رقم ٢٥٢٠ لسنة ١٩٧٥. وتتمثل وقائع هذه القضية في أن مشروعين تابعين لدولة تشيكوسلوفاكيا V و S أبرما عقدين منفصلين مع مشروع إيطالي R. وبمقتضى العقد الذي بين المشروع S و المشروعR رخص الأول للثاني بصناعة وبيع بعض الماكينات التي حصل على براءة اختراع لها . وبمقتضى العقد الذي بين المشروع V والمشروع R يلتزم الثاني بأن يورد للأول، من الباطن، حداً أدنى سنويا من المواد الأولية اللازمة لإنشاء نفس الماكينات. استمرت العلاقة التعاقدية خمس سنوات متتالية دون أن يورد R إلي V الكميات المتفق عليها. وبعد فشل المفاوضات بينها قرر المشروعان S وV أن يستخدما حقهما في فسخ العقد.

انتقدت هيئة التحكيم موقف المشروعين S و V في الالتجاء إلي فسخ العقد بعد علمهم بعدم التنفيذ وانتظارهم لمدة خمس سنوات دون ممارسة هذا الحق. وقد وصفت هيئة التحكيم سلوك S وV في هذا الصدد بأنه "إهمال" وحددت جزاء هذا الإهمال بقولها "على الرغم من تطلب المرونة في التعاملات خاصة فيما يتعلق بالعلاقات التجارية، فإن مثل هذا السلوك من جانب الأطراف S و V يعكس سهواً أو إهمال من طبيعته أن يخفف من مسئولية R بالنسبة لعدم تنفيذ التزامه" [3]. وقد أخذ هذا التخفيف صورة تخفيض قيمة التعويض المستحق للطرفين S و V.

(١) انظر.

KAHN (Ph.), Etude de quelques problèmes juridiques de la vente internationale de Gaz, les hydrocarbures des pays producteurs, librairie juridique, 1974, p. 275.

(٢) انظر.

OPPETIT (B.), Droit du commerce international., P.U.F, paris, 1977, p. 239.

(٣) انظر قرار غرفة التجارة الدولية ، القضية رقم ٢٥٢٠ لسنة ١٩٧٥، وارد في المجموعة الأولى من هذه القرارات، ص ٢٧٨، وما يليها، ملحوظة الأستاذ " ديران " (Y) DERAINS.

المطلب الثاني
إثبات وقوع الحدث ونتائجه

٢٩٩- ينقسم هذا المطلب إلى مسألتين: نعالج في الأولى طرق إثبات الحدث، ونبين في الثانية المستندات الواجب تقديمها في هذا الإثبات:

٣٠٠- أولاً : طرق إثبات الحدث :

يقع عبء الإثبات، وفقاً للقواعد العامة، على عاتق المدعى، فعليه إثبات الوقائع القانونية التي يدعيها ليستخلص منها أثراً قانونياً لمصحته [١]

والأصل أن إثبات حدث القوة القاهرة أو الـ Hardship يتم بكافة طرق الإثبات باعتباره واقعة مادية [٢]، ومن ثم لا يتقيد المدعى بطريقة معينة من طرق الإثبات. ولذا نجد أن التشريعات الوطنية و نصوص اتفاقيات التجارة الدولية لا تولي اهتماماً كبيراً لهذا المسألة تاركة إياها لحكم القواعد العامة في الإثبات [٣].

والجدير بالذكر أن محل الإثبات لا يرد على ذات الحق أو الأثر القانوني المدعى به، بل يرد على مصدر الحق أو الواقعة المنشئة له. ويترتب على ذلك أن دور المستندات التي يقدمها المدين يقتصر فقط على إثبات وقوع حدث القوة القاهرة أو الـ Hardship. أما تكييفها القانوني باعتبارها تجسد قوة قاهرة أو شرط إعادة تفاوض Hardship وكذلك أثرها في تنفيذ العقد فإن تقديره يترك للأطراف بعد ذلك، وللمحكمين عند وجود خلاف بين الأطراف [٤].

---

(١) انظر في ذلك، المادة ١ من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ التي تنص على أن "على الدائن إثبات الالتزام، وعلى المدين إثبات التخلص منه". وانظر أيضاً، د. محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، ١٩٩٦-١٩٩٧، بند ٤٧، ص. ٦٢؛ وانظر أيضاً، نقض مدني مصري، جلسة ١٩٧٥/١/١٢، مجموعة أحكام النقض، المكتب الفني، الطعن رقم ٥١ لسنة ٢٦ ق، ص٢٣٢.

(٢) انظر في ذلك، د. رضا محمد إبراهيم عبيد، مرجع سابق، ص ٤٧٧.

(٣) انظر في هذا المعنى،

LE ROY (D.), Op. cit., p. 694.

(٤) انظر في ذلك، د. رضا محمد إبراهيم عبيد، مرجع سابق، نفس الموضع. وما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد أنه فيما يتعلق بالعلاقات الداخلية التي يحكمها القانون المدني، فإن التكييف القانوني للواقعة وترتيب الأثر =

وعلى الرغم من أن إثبات وقوع الحدث الذي أثر في تنفيذ العقد تحكمه القواعد العامة في الإثبات، إلا أن بعض الأعمال الدولية، كالشروط العامة للتسليم C.G.L. C.A.E.M. التي أصدرها الكوميكون أبان وجوده كانت قد نظمت طريقة هذا الإثبات في المادة ٦٩ منها حيث كانت تلزم المدين المدعى بوجود هذه الأحداث بأن يقدم شهادة من غرفة التجارة، أو من أى هيئة مختصة من الدولة المعنية يثبت فيها وقوع الأحداث والنتائج التي ترتبت عليها [١].

ويؤكد لنا فحص الشروط التعاقدية، التي اهتم فيها الأطراف بمعالجة موضوع الإخطار، أن الطريقة التي يتم بها إثبات وقوع الحدث ليست محل اهتمام من جانب الأطراف. لذا نجد أن بعض الشروط يقتصر على النص على ضرورة "وجود معلومات مفيدة متعلقة بالظروف" دون أن تبين كيفية تقديم هذه المعلومات وكيفية التأكد من صحتها [٢].

بيد أن بعض الشروط تتحدث عن شهادة صادرة من عضو أو هيئة محلية محايدة organisme local neutre [٣]. وغالبية الشروط تشترط تقديم المدين لشهادة من غرفة التجارة المختصة تؤكد حقيقة الوقائع وتواريخ حدوثها. مثال ذلك الشرط الذي ينص على أن "هذه المعلومات سيتم تأكيدها من غرفة التجارة المختصة الواقع في دائرتها حدث القوة القاهرة" [٤]. ومن ذلك أيضاً الشرط الذي ينص على أن "ويُشفع الإخطار بشهادة صادرة من غرفة التجارة المختصة الواقع في دائرتها حدث

= القانوني لهذا التكييف يدخل في صميم عمل القاضي وليس الأطراف. راجع في ذلك، د. محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، المرجع السابق، بند ٣٥، ص ٤٥.

(١) راجع المادة ٦٩ من هذه الشروط. والملاحظ أن الشروط الصادرة عام ١٩٧٥-١٩٧٩ لم تتطلب هذا الإجراء، وانما أكدت على التزام مدعى الأحداث بإثبات وقوعها، انظر المادة ٤/٦٨ من هذه الشروط.

(٢) انظر في ذلك،
FONTAINE (M.), Op. cit., p. 223 ; LE ROY (D.), Op. cit., p. 695.

(٣) انظر،
LE ROY (D.), Op. cit., p. 695.

(٤) الملحق رقم (٤)، مشار إليه في، =
=LE ROY (D.), Op. cit., p. 751.

القوة القاهرة" [١]. وفي بعض الأحيان يتفق الأطراف على تقديم شهادة من السلطات المختصة لتأكيد الواقعة. ومن أمثلة الشروط التي تتضمن هذا الاتفاق، ذلك الذي ينص على أنه" يجب أن يؤكد هذا الإخطار بشهادة من السلطات المختصة لتأكيد حقيقة الوقائع والتواريخ المحتج بها" [٢].

ووجود مثل هذه الشروط التعاقدية التي تشير إلى السلطات المختصة يجعلنا نتساءل ما هى هذه السلطات المختصة ؟ يرى البعض أن هذه السلطات من الممكن أن تكون مركز الأرصاد الجوية بخصوص العاصفة والظواهر الطبيعية، وشركة النقل بالسكة الحديد بخصوص حوادث النقل لهذا الطريق، أو مراكز الشرطة بخصوص السرقة [٣]. وبمعنى آخر فهى تتنوع حسب طبيعة العقد.

أما بالنسبة لدول شرق أسيا فإن بعض الفقهاء يرون أن تأكيد البيانات والمعلومات التي يتحقق بها الإخطار عن طريق غرفة التجارة الدولية المختصة أصبح شرطاً نموذجيا يدرج في كل العقود التي تبرم مع هذه الدول [٤]. أما الإشارة إلى "السلطات المختصة" أو "السلطات الرسمية" فلا يتم إلا في الدول الذي ليس بها غرف تجارة [٥]. أما فيما يتعلق بالعقد الدولى للإنشاء، فإن الأستاذ "برابانت" BRABANT يرى أن الإخطار يجب أن يُؤكد بشهادة صادرة من غرفة التجارة المختصة. وفي حالة عدم وجود هذه الغرفة، فإنه يجب أن يؤكد بشهادة صادرة من أى شخص من الغير على أن يكون مختصاً [٦].

---

(١) الملحق رقم (٨)، مشار إليه في،

LE ROY (D.), Op. cit., p. 760

(٢) شرط مشار إليه في،

FONTAINE (M.), Op. cit., p. 223.

(٣) انظر،

FONTAINE (M.), Op. cit., p. 224.

(٤) انظر في ذلك،

Ibid.

(٥) انظر في ذلك،

LE ROY (D.), Op. cit., p. 695.

(٦) انظر،

BRABANT (A.), Op. cit., p. 318.

٣٠١- ثانيا : المستندات الواجب تقديمها :

حتى يحقق الإخطار الهدف منه يجب أن يتضمن البيانات والمستندات الكافية. وكفاية المستندات والبيانات المقدمة من المدين تحقق هدفين في ذات الوقت. فهي أولا تؤكد صحة ادعاء المدين بوقوع الحدث الذي يعوق تنفيذ العقد والنتائج المحتملة والحالة لهذا الحدث. وهي ثانيا توضح بشكل كاف للدائن الموقف في مجمله، وتعينه على اتخاذ الإجراءات المناسبة التي تحقق مصلحته.

أما عن المستندات الواجب على المدين تقديمها للدائن لتأكيد صحة ادعائه بوقوع الأحداث، فمتروك أمر تقديرها إلى الدائن الذي يمكنه أن يطلب من المدين تقديم شهادات أو بيانات معينة. و يفصل المحكم في مدى كفاية هذه المستندات عند الخلاف بينهما.

وقد يتفق الأطراف في بعض الشروط على وجوب تقديم مستندات كافية دون تحديد نوع معين من هذه المستندات [١]. وقد يصل جزاء عدم تقديم المدين لهذه المستندات الكافية إلى حد سقوط حق هذا المدين في التمسك بالحدث.

ومن المفيد في هذا المجال أن نعرض لإحدى القضايا التي كان أحد أطرافها إحدى الشركات المصرية التي سقط حقها في التمسك بحدث القوة القاهرة وما ترتب على ذلك من عدم انتفاء مسئوليتها لعدم تقديمها المستندات الكافية لإثبات هذه الحالة [٢]. ونظرا لأهمية هذه القضية في النقطة محل المعالجة سوف نذكر وقائعها بالتفصيل وقرار هيئة التحكيم فيها.

تتلخص وقائع هذه القضية في أن إحدى الشركات المصرية تعاقدت على توريد كسب سمسم إلى مشترٍ سويسري، وتعاقدت مع مورد أفريقي لشراء الكميات المطلوبة منه وتوريدها بعد ذلك إلى المشترى السويسري.

شب حريق، أثناء تنفيذ العقد، في مصنع المورد الأفريقي وترتب عليه عجزه عن توريد ما التزم به مع الشركة المصرية ومن ثم عجز هذه الأخيرة عن تنفيذ التزامها بالتوريد تجاه المشترى السويسري.

أخطرت الشركة المصرية، المشترى السويسري بالحادث وما ترتب عليه من استحالة

---

(١) انظر،

FONTAINE (M.), Op. cit., p. 223 ; KAHN (Ph.), Op. cit., p. 478.

(٢) هذه القضية مذكورة في، د. رضا محمد إبراهيم عبيد، مرجع سابق، ص ٤٧٧ وما يليها.

تنفيذ. طلب المشترى السويسري تقديم شهادات وأوراق تثبت وقوع حادث الحريق. وكل ما حصلت عليه الشركة المصرية هو شهادة من الوزارة المختصة في دولة المورد الأفريقي تثبت وقوع الحادث ولكنها لم تتضمن أية تفاصيل أخرى عن الحادث أو عن نتائجه.

قضت هيئة التحكيم لصالح المشترى السويسري ورفضت التمسك بالقوة القاهرة من جانب الشركة المصرية لتخلصها من المسئولية عن عدم التنفيذ. وما يلفت الانتباه في هذه القضية أن هيئة التحكيم قد حددت الأوراق المتطلبة التي يجب أن ترفق بالإخطار والتي كان ينبغي على الشركة المصرية تقديمها حتى تستفيد من وقوع حدث القوة القاهرة. وهذه الأوراق هى:

١- شهادة يتم فيها "حصر كل الكميات التي شحنت من كسب السمسم (إنتاج البلد الأفريقي) خلال فتره التنفيذ". وتهدف الهيئة من تطلب هذه الشهادة التأكد من وجود استحالة مطلقة أعاقت كل الموردين عن تنفيذ التزامهم وأن الأمر لا يتعلق باستحالة نسبية تواجه المورد للشركة المصرية فقط.

٢- "شهادة من شركات الترانزيت والتخليص والشحن وغيرها تفيد بأن البضائع التي سبق حصرها كانت موجودة لديهم في المخازن". وهذا بطبيعة الحال بالنسبة للموردين الآخرين الذين تمكنوا من توريد الكسب خلال فترة التنفيذ. فهيئة التحكيم ترغب في التأكد من معرفة ما إذا كان الموردون الذين تمكنوا من التنفيذ خلال فترة التنفيذ يمتلكون سمسم قبل فترة التنفيذ ويحتفظون به في مخازنهم.

٣- "شهادة تفيد بأن الحريق الذي أصاب المصنع قد تم في تاريخ سابق على تاريخ التنفيذ، وقد أدى الحريق إلى تعطيل المصنع وبالتالى إلى إيقاف الإنتاج حتى نهاية التنفيذ". وواضح من تطلب هذه الشهادة أن هيئة التحكيم ترغب في التأكد من أن الحادث قد استمر في إعاقة المورد طيلة فترة التنفيذ ولم يكن مؤقتاً.

٤- "شهادة تثبت أن البلد الأفريقي الذي يوجد به المصنع لا يوجد به مصنع آخر لإنتاج كسب السمسم" ؛ إذ في حالة وجود أكثر من مصنع ينتقى شرط القوة القاهرة؛ ذلك أن العقد لم يذكر إنتاج مصنع معين ولكنه نص على كسب من إنتاج أفريقيا الوسطى [1].

---

(١) نقلاً عن المرجع السابق، ص ٤٧٨.

المبحث الثاني
الجزاء المترتب على عدم الوفاء بالالتزام بالإخطار

٢٠٢- عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه بالإخطار يحرك مسئوليته التعاقدية ويعرضه للجزاء. والجزاءات التي يمكن تصورها في حالة مخالفة هذا الالتزام متعددة، منها : الحق في التعويض عن الأضرار التي سببها تخلف الإخطار، وسقوط الحق في التمسك بوقوع الحدث، سواء للتخلص من المسؤلية، أو لإعادة التفاوض في العقد بهدف تعديله. وقد يتفق الأطراف على توقيع جزاء معين، وقد يتركون تحديد هذا الجزاء للقواعد العامة في المسئولية حسبما يراه المحكم أو القاضى مناسباً.

وسوف نعرض في هذا المبحث هذه الجزاءات في حالة وجود اتفاق بين الأطراف، والجزاءات التي من الممكن توقيعها في حالة عدم وجود هذا الاتفاق، وذلك في مطلبين مستقلين .

المطلب الأول
اتفاق الأطراف على جزاء معين

٣٠٣- قد يتفق الأطراف في عقدهم على توقيع جزاءات مرنة على الطرف الذي لم ينفذ التزامه بالإخطار أو يهمل فيه، وقد يتفقون، على العكس من ذلك، على توقيع جزاءات متشددة على هذا الطرف. ويقصد بالجزاءات المرنة تلك التي لا تفقد هذا الطرف حقه في الاستفادة من وقوع الحدث، سواء بتخليصه كلية من المسئولية، أو بطلب مراجعة العقد عن طريق التفاوض، وتحافظ في نفس الوقت على حق الطرف الآخر بضمان تعويضه عن الأضرار التي يسببها غياب الإخطار. وتعتبر هذه الجزاءات مرنة بالمقارنة بالجزاءات الأخرى المتشددة التي تفقد الطرف المدين حقه في التمسك بالحدث الذي لم يخطر عنه المتعاقد الآخر. وسوف نعرض على التوالي لهذه الجزاءات على التوالي.

٣٠٣- أولاً : الجزاءات المرنة :

يمكن للأطراف أن يختاروا من بين هذه الجزاءات ما يلي:

الخيار الأول : الحق في التعويض :

يتمثل هذا الخيار في أن يتحمل المدين الذي لم ينفذ التزامه بالإخطار تعويض الدائن عن الأضرار التي تسبب في وقوعها تخلف الإخطار. فوفقاً لهذا النوع من الجزاءات يستطيع المدين أن يتمسك بحدث القوة القاهرة لنفي مسئوليته، أو بحدث الـ Hardship لإعادة التفاوض في أحكام العقد. ويُسأل في المقابل عن تعويض الدائن عن الضرر الناتج عن تغيب الإخطار.

ومن الشروط التعاقدية التي اتفق فيها الأطراف على توقيع هذا الجزاء، ذلك الذي ينص على أنه " .... في حالة تخلف هذا الإخطار، يلتزم المدين بالتعويض عن كل الخسائر التي تنتج عن ذلك ... " (١).

وتساند اتفاقيات التجارة الدولية هذا الجزاء. ومن تطبيقاته ما نصت عليه المادة

---

(١) شرط مشار إليه في.

FONTAINE (M.), Op. cit., p. 224.

٤/٧٩ من اتفاقية فيينا ١٩٨٠ للبيع الدولي للبضائع التي تنص على أنه "... إذا لم يصل الإخطار إلى الطرف الآخر خلال مدة معقولة بعد أن يكون الطرف الذي لم ينفذ التزاماته قد علم بالعائق أو كان من واجبه أن يعلم به، فعندئذ يكون مسئولاً عن التعويض عن الأضرار الناتجة عن عدم الإخطار المذكور " [١]. وتنص مبادئ Unidroit على هذا الجزاء أيضاً في مادتها ٧-١-٧ الفقرة الرابعة [٢].

وقد نصت على هذا الجزاء أيضاً، الشروط العامة للتسليم C.G.L. C.A.E.M. التي صدرت عام ١٩٧٥- ١٩٧٩ ؛ إذ كانت تنص في المادة ٣/٦٩ على أن " الطرف الذي يهمل أو يتأخر في القيام بالإخطار عند وقوع حدث القوة القاهرة يجب أن يعوض الطرف الآخر عن الضرر الذي سببه هذا التأخير أو هذا الإهمال " [٣].

ويميل قضاء التحكيم إلى تقرير جزاء التعويض في حالة تخلف الإخطار. فقد أكدت هيئة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الروسية في القضية رقم ١٦ لسنة ١٩٧٥ أن غياب الإخطار لا يستبعد إمكانية التمسك بأحكام القوة القاهرة، ولكنه يعد أساساً للمطالبة بالتعويض [٤].

٣٠٥- الخيار الثاني: عدم التمسك بالحدث إلا من وقت القيام بالإخطار:

يتمثل النوع الثاني من الجزاءات التي من الممكن أن يختار من بينها الأطراف في عدم الاعتراف للمدين بالحق في التمسك بوقوع الحدث، أياً كانت طبيعته، إلا من اللحظة التي يتم فيها الإخطار. ويقصد بهذا الجزاء أن يظل المدين مسئولاً عن عدم تنفيذ العقد في فترة ما بين علمه بوقوع الحدث ونتائجه، وإخطار الدائن بهذا الحدث. وفيما يلي هذه الفترة يستطيع الاستفادة من وقوع الحدث أى أنه يستطيع التمسك بأحكام القوة القاهرة أو أحكام شرط إعادة التفاوض Hardship. وتطبيقاً لذلك يلتزم بتعويض الدائن عن الأضرار التي تصيبه من جراء عدم تنفيذ التزامه في الفترة السابقة على الإخطار.

---

(١) انظر الفقرة الرابعة من هذه المادة.

(٢) انظر المادة ٧-١-٧ هذه المبادئ.

(٣) انظر المادة ٣/٦٩ مه هذه الشروط.

(٤) قرار مشار إليه في، LE ROY (D.), Op. cit., p. 689.

انظر أيضا القضاء الصادر من المحاكم البلغارية، مشار إليه في نفس المرجع، نفس الموضع.

ويحفز هذا النوع من الجزاءات المدين على الإسراع بإخطار دائنه بوقوع الحدث؛ إذ لا يعتد قبل تمام الإخطار بوقوع الحدث، ويمكن للدائن أن يعتبر أن الحدث لم يقع.

ومن الشروط التعاقدية التي تتبنى هذا الجزاء، الشرط الذي ينص على أنه "في حالة القوة القاهرة، وفي الحالات المشابهة .... يوقف تنفيذ الاتفاق من اللحظة التي يقوم فيها الطرف المعني بإخطار الطرف الآخر بوقوع الحدث ... "[(١)].

وقد أخذت غرفة التجارة الدولية بهذا الجزاء في الشرط النموذجي للقوة القاهرة والظروف الطارئة. فالجزاء الذي اختارته غرفة التجارة الدولية جزاء مزدوج فهو يتضمن أولاً، عدم الاعتداد بوقوع الحدث إلا منذ وصول الإخطار إلى المتعاقد الأخر، وثانياً، تعويض الدائن عن الأضرار الناتجة عن التأخير في القيام بالإخطار [(٢)].

٣٠٦- ثانياً: الجزاء المتشدد: سقوط الحق في التمسك بوقوع الحدث:

على الرغم من قسوة وشدة هذا الجزاء إلا أن بعض الشروط التعاقدية تنص عليه، وكذلك تتبناه بعض الشروط العامة للبيع الدولي. ومن الشروط التعاقدية التي تنص عليه، ذلك الذي ينص على أنه "....إذا لم يتم الإخطار في المدة المحددة، لا يستطيع البائع أن يتمسك بالقوة القاهرة، ويفترض أنه قد قبل كل مخاطرها ونتائجها"[(٣)]. والشرط الذي ينص على أنه "إذا لم يخطر المتعاقد، المتعاقد الآخر "بتلكس" بوقوع القوة القاهرة، فليس له الحق في التمسك به"[(٤)]. والشرط الذي اتفق فيه الأطراف على أنه "إذا لم يقم المتعاقد بهذا الإخطار، فلا يستطيع أن يتمسك بالقوة القاهرة"[(٥)].

وتنص الشروط العامة للبيع CEE /ONU في الفقرة (أ) من المادة ٧٩ على هذا

---

(١) شرط مشار إليه في،

FONTAINE (M.), Op. cit., p. 224.

(٢) انظر البند الخامس من هذا الشرط . و انظر أيضاً البند الحادي عشر من الملحوظات والتعليقات على هذا الشرط، ص ١٦. dqhQأيضاًالبند الحادي عشر من القىلاةلان

(٣) ملحق رقم (٦) مشار إليه في،

LE ROY (D.) Op. cit., p. 756.

(٤) شرط مشار إليه في،

FONTAINE (M.), Op. cit., p. 225.

(٥) ملحق رقم (٨)، مشار إليه في،

الجزاء بقولها "وفي غياب الإخطار لا يستطيع أن يتمسك بها (أى القوة القاهرة)، إلا إذا عاقت القوة القاهرة القيام بالإخطار أيضاً" [1].

LE ROY (D.), Op. cit., p. 760

وانظر أيضاً الملاحق رقم ١٨، ١٢، ٥، واردة في نفس المؤلف، ص ٧٦٨، ٧٥٣، وص ٧٧٧.

(١) انظر المادة ٧٩ من هذه الشروط. والجدير بالذكر أن المادة ١/٣٤٨ من قانون التجارة البحرية الجديد تعطى للمؤمن حق فسخ عقد التأمين البحرى إذا لم يقم المؤمن له بإخطار المؤمن بالظروف التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد والتي من شأنها زيادة الإخطار.

المطلب الثاني
عدم الاتفاق على جزاء معين

٣٠٧- إذا لم يحدد الأطراف جزاءً معيناً في عقدهم، عندئذ يثور التساؤل عن الجزاء الأنسب توقيعه على المدين الذي لم ينفذ التزامه بالإخطار. وسوف نوضح في هذا المطلب مدى التردد الذي ساد في الفقه في شأن تحديد هذا الجزاء، ثم نبين الجزاء المناسب من وجهة نظرنا، وذلك على التوالي.

٣٠٧- أولاً : التردد في اختيار جزاء معين :

لا يقتصر التردد على اختيار جزاء معين يوقع على المدين الذي لم ينفذ التزامه بالإخطار أو لم يحترم الشكليات المنصوص عليها بخصوص هذا الإخطار على الشروط التعاقدية واتفاقيات التجارة الدولية والشروط العامة المتعلقة بها فحسب، وإنما يمتد أيضاً إلى فقه التجارة الدولية. وهذا التردد ترجمته جيدا آراء الفقهاء في مجموعة العمل التي رأسها الأستاذ "فونتان" FONTAINE والتي درست مشكلات طول المدة في العقود الدولية. فغالبية الفقهاء في هذه المجموعة اعتبرت أن الجزاء الأنسب في هذه الحالة هو سقوط الحق في التمسك بأحكام القوة القاهرة أو أحكام شرط "إعادة التفاوض " Hardship [١]. ويميل بعض الفقهاء إلى هذا الرأى أيضاً [٢].

أما باقي فقهاء التجارة الدولية، خارج هذه المجموعة، فتنتقد - بحق - هذا الجزاء المتشدد وتراه جزاءً مغالى فيه Excessive وغير عملي [٣]. فهو أولاً، جزاء متشدد أو مغالى فيه لأنه لا يتناسب مع الخطأ أو الإهمال الذي ارتكبه المدين الملتزم بالإخطار. ففقده الحق في التمسك بانتفاء المسئولية أو بتعديل العقد وفقاً

---

(١) انظر في ذلك،

FONTAINE (M.), Op. cit., p. 225.

(٢) انظر على سبيل المثال د. نصيرة بو جمعة سعدى، عقود نقل التكنولوجيا، رسالة سابقة، ص ٢٧٥، وانظر أيضاً،
ABDUL MUNIM H.(A.), Op. cit., n°646, p. 375.

(٣) انظر في ذلك،

FONTAINE (M.), Op. cit., p 225. ; BULISSON (M), La négociation de marchés internationaux., p. 222 et 223 ; MORIN (G.), Op. cit., p. 28; LE ROY(D.), Op. cit., p. 788.

لأحكام شرط "إعادة التفاوض Hardship"، لا يتناسب البتة مع عدم إخطاره الدائن بوقوع الحادث. فإذا كان تصرف المدين يوصف في هذا الصدد بالإهمال أو بالخطأ فيجب أن يعوض الدائن عن الأضرار التي أصابته نتيجة هذا الخطأ أو هذا الإهمال، وليس فقده التمسك بالحدث كلية.

وهو ثانياً جزاء غير عملي لسببين، الأول، لأنه سيؤدى في النهاية إلى تحمل المدين بالالتزام الذي صار مستحيلاً أو مرهقاً، واجباً بتنفيذ هذا الالتزام رغم استحالته أو إرهاقه له. أما السبب الثاني فيكمن في أن بعض الأحداث لا تنتج أثرها مباشرة، ولا تعرف نتائجها إلا بعد مرور فترة من الزمن. فإذا تأخر المدين في إخطار دائنه بهذه الآثار، هل يجازى بعدم الاستفادة من الأحداث وإبرائه من الالتزام أو بتعديل أحكام العقد ؟ [1]. إن الجزاء العملي في هذه الحالة يجب أن يرتبط بالموعد الذي يجوز فيه للمدين التمسك بالحدث [2].

وإزاء النقد الموجه إلى هذا الجزاء، ينتصر جزء كبير من الفقه إلى مساءلة المدين عن تعويض الأضرار التي يسببها عدم القيام بالإخطار أو التأخير فيه بالنسبة للدائن دون أن يفقد المدين حقه في التمسك بالحدث [3].

وتأخذ بهذا الحل أيضاً قرارات التحكيم التجاري الدولي. ففي القرار الصادر بجلسة ٢٤ يوليو ١٩٨٥ ذهبت هيئة التحكيم إلى أن الشركة المتخصصة في مجال إنشاء مصانع الوقود النووي التابعة لإحدى الدول المتقدمة قد أخطأت في تبليغ حكومة إحدى الدول الآسيوية بقرار حظر التعامل مع هذه الدولة الصادر من دولتها،

---

(١) انظر في هذا المعنى،

FONTAINE (M.), Op. cit., p. 225.

(٢) انظر في هذا المعنى،

BULISSON (M.), Op. cit., p. 222.

ومع الانتقادات الموجهة إلى هذا الجزاء فقد تبنته بعض قرارات التحكيم، انظر على سبيل المثال، القرارات الصادرة عامي ١٩٥٧ و ١٩٥٩ من غرفة التجارة الخارجية ببلغاريا، واردة في،

SZASZY (I.), Chronique de jurisprudence Hongroise de droit international privé, 1945 - 1972, JDIm 1973, p. 480.

(٣) ( ) انظر على سبيل المثال، د. محسن شفيق. اتفاقية فيينا ١٩٨٠، مرجع سابق، بند ٢٤٧، ص ٢٦٠ د. حسام الدين كامل الأهواني، مرجع سابق، بند ٦٤٠، ص ٤١٤. وانظر في الفقه الفرنسي،

LE ROY (D.), Op. cit., p. 788 ; ANTONMATTEI (P.-H.), op. cit., n° 246, p. 176.

وقدرت التعويض عن التأخير في القيام بالإخطار لعدة أشهر بمبلغ مائتي ألف دولار [1].

٣٠٩- ثانياً : اختيار الجزاء المناسب :

إن الجزاء الأنسب في هذه الحالة – في رأينا – هو ما أخذ به الشرط النموذجي للقوة القاهرة والظروف الطارئة الذي أعدته غرفة التجارة الدولية.

ويتكون هذا الجزاء من شقين: الشق الأول هو عدم جواز التمسك بأحكام القوة القاهرة أو الظروف الطارئة إلا من لحظة قيام المدين بإخطار الدائن بوقوع الحادث ونتائجه، على أن يحتوي هذا الإخطار على كل الظروف المفيدة المحيطة بالموقف. أما الشق الثاني، فهو تعويض الدائن عن الأضرار التي تسبب فيها غياب الإخطار في الفترة السابقة على القيام به.

ويرجع تفضيلنا لهذا الجزاء إلى أنه من ناحية، يشجع الأطراف ويحفزهم على سرعة القيام بالإخطار؛ لأن التأخير في القيام به سيؤخر حقهم في التمسك بالحدث. ومن ناحية ثانية فهو جزاء متناسب مع الخطأ الذي ارتكبه المدين بعدم قيامه بالإخطار. فواقعة الإخطار منفصلة عن حدث القوة القاهرة أو حدث الـ Hardship. ولذا فعدم قيامه بالإخطار في مدة معينة يلزمه بالتعويض دون أن يفقد حقه في التمسك بالحدث.

وغنى عن البيان أن التزام المدين بالتعويض عن عدم قيامه بالإخطار أو عن التأخير فيه يخضع للقواعد العامة للمسئولية العقدية التي تتطلب لقيامها خطأً وضرراً وعلاقة السببية. ويقع عبء إثبات ذلك على الدائن بالالتزام.

ولكن ما يجب التنويه إليه في هذا المقام هو صعوبة إثبات عنصر الضرر في هذه الحالة. فالدائن سيواجه صعوبة جادة في إثبات أن عدم قيام المدين بالإخطار في المدة المحددة أصابه بضرر، وأنه كان من الممكن أن يتخذ إجراءات من شأنها التقليل من خسائره أو توفير وسيلة أخرى للتنفيذ. وقد أشار قرار التحكيم الصادر من غرفة التجارة الدولية لجمهورية ألمانيا الاتحادية إلى هذه الصعوبة عندما رفضت هيئة التحكيم طلب المدعين بالتعويض عن الأضرار التي تسبب فيها غياب الإخطار من جانب المدعي عليهم.

---

(١) انظر في هذا القرار، د. محي الدين إسماعيل علم الدين، منصة التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ٢٢٤-٢٣٠، وبصفة خاصة ص ٢٣٠.

وقدرت هيئة التحكيم أن الإخطار حتى ولو كان قد تم في الميعاد المحدد، لما كان قدم فائدة للمدعى عليهم. وأكدت الهيئة أن الإخطار لا تكون له فائدة، ولا يسأل المدين عند تخلفه إلا إذا ساعد المدعين، بمجرد وصوله، على اختيار طريق آخر للنقل بخلاف الطريق الذي أصبح من المستحيل النقل من خلاله نتيجة القرارات الإدارية التي تمنع استخدامه[١].

---

(١) انظر،

Tribunal arbitrale de la chambre du commerce extérieur de R. D. A., 10 juin 1975, Entreprise téché-cosovaque contre Entreprise de R. A. D., JDI, 1980, p. 715 et s.

الفصل الثاني
الالتزام بتخفيف الضرر

٣١٠- يسعى الأطراف دائما عند إبرام العقد إلى تنفيذه بكل ما يحتوى عليه من التزامات. ويحقق هذا التنفيذ الكلي الحد الأقصى لحاجات ومتطلبات كل طرف. وفي الفرض الذي لا ينفذ فيه أحد الأطراف التزاماته بسبب وقوع حدث خارج عن إرادته، فإن الطرف الآخر سوف يتحمل بلا شك ضرراً معيناً أو على الأقل ستقل الفائدة التي يحققها له العقد؛ لأن العقد سيكون عاجزا في هذه الحالة عن تلبية كل متطلبات هذا ال طرف.

وإذا كان التعاون بحسن نية يفرض على الطرف المدين المتعثر إخطار الدائن بوقوع الظروف وبآثارها، فهو يفرض على الدائن التزاماً مقابلاً ببذل قصارى جهده للقيام بالإجراءات المتاحة له كي يقلل من نطاق الضرر الواقع عليه. وهذا ما يطلق عليه "الالتزام بتخفيف الضرر"[١].

وإلقاء الضوء على هذا الالتزام يقتضي منا أن نحدد الأساس القانوني الذي يستند إليه، والإجراءات التي يجب أن يتخذها الدائن لتخفيف الضرر، والدور الذي يلعبه هذا الالتزام في قضاء التحكيم، خاصة عند تقييم مبلغ التعويض الذي يستحقه الدائن.

وعلى هذا سوف نقسم هذا الفصل إلى فرعين، نعالج في الأول الأساس القانوني لهذا الالتزام، ونبين في الثاني مضمونه.

---

(١) تتواتر قرارات التحكيم على هذه التسمية، انظر القرارات المشار إليها لاحقاً في هذا الفصل. وانظر في الفقه على سبيل المثال،

DERAINS (Y.), L'obligation de minimiser le dommage dans la jurisprudence arbitrale, RD. aff. int., 1987,p. 375 et s.

وانظر في العلاقة بين واجب تخفيف الضرر وواجب التعاون بين الأطراف الذي يعد تطبيقاً للقواعد العامة وتقتضيه قواعد التجارة الدولية، قرار التحكيم الصادر في القضية رقم ٢٢٩١ لسنة ١٩٧٥، وارد في المجموعة الأولى من القرارات، ص ٢٧٤ وما يليها.

الفرع الأول
الأساس القانوني للالتزام بتخفيف الضرر

٣١١- يجد الالتزام بتخفيف الضرر أساسه في أكثر من مصدر. فأولاً ينص عليه عدد من القوانين الوطنية، ونصوص اتفاقيات التجارة الدولية والشروط النموذجية المتعلقة بها. ونقابله ثانياً في واقع عقود التجارة الدولية أي في الشروط التعاقدية التي يدرجها الأطراف في عقودهم. هذا بالإضافة إلى قضاء التحكيم التجاري الدولي الذي يعد العامل الفعال في تأكيد وجود هذا الالتزام وتطبيقه في مجال عقود التجارة الدولية .

ونقسم الأسس القانونية لهذا الالتزام إلى مبحثين على النحو التالي :

المبحث الأول: النصوص القانونية والاتفاقية وواقع عقود التجارة الدولية

المبحث الثاني: قضاء التحكيم التجاري الدولي

المبحث الأول
النصوص القانونية وواقع عقود التجارة الدولية كأساس للالتزام بتخفيف الضرر

٣١٢- التزام الدائن بتخفيف الضرر الناتج من عدم تنفيذ المدين لالتزامه هو أكثر الالتزامات رسوخاً في عقود التجارة الدولية [1]. ويرجع رسوخ هذا الالتزام إلى اتفاق الفقه على أهميته، وإلى النص عليه من جانب غالبية القوانين الوطنية والاتفاقيات الخاصة بالتجارة الدولية، كما أن الأطراف يهتمون بالنص عليه في عقودهم.

وسوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نبرز في الأول النصوص القانونية والاتفاقية التي تتناول هذا الالتزام. ونوضح في الثاني كيفية النص على هذا الالتزام في واقع عقود التجارة الدولية وآراء الفقهاء في أساسه القانوني.

---

(١) انظر في ذلك،

LOQUIN (E.), La réalité des usages du commerce international.., op. cit., p.177.

المطلب الأول
النصوص القانونية كأساس للالتزام بتخفيف الضرر

٣١٣- نعنى في هذا المطلب بدراسة الالتزام بتخفيف الضرر في بعض الأنظمة القانونية الوطنية، وفي اتفاقيات التجارة الدولية وذلك على التوالي :

٣١٤-أولاً:الالتزام بتخفيف الضرر في بعض الأنظمة القانونية الوطنية:

إذا كان الالتزام بتخفيف الضرر يبدو للوهلة الأولى كالتزام عام يفرضه مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد، وإن كان يعتبر، كما يقول البعض، تطبيقاً خاصاً للنظرية العامة للالتزامات [١]، إلا أن بعض الفقه يرى أن هذا المبدأ غير معترف به من جانب بعض الأنظمة القانونية الوطنية [٢].

ومع ذلك هناك من القوانين الوطنية ما ينص على هذا الالتزام. ومن هذه القوانين قانون الالتزامات السويسري حيث تنص عليه صراحة المواد ٢/٤٢، ١/٤٤ من هذا القانون. وتلزم هذه المواد الدائن المضرور أن يتخذ كل الإجراءات الضرورية كى يقلل خسائره ويثبت حقه في تقاضي مبلغ التعويض والمستحق له كاملاً [٣]. وينص عليه أيضاً القانون المدني الفرنسي المادة ١١٥٠ منه.

وكذلك الحال بالنسبة للقانون الألماني للعقود الاقتصادية الدولية (قانون ٥ فبراير(١٩٧٦). فتحت عنوان " الإهمال في اتخاذ الإجراءات التي تتجنب أو تخفف

---

(١) انظر في ذلك،

NANOTIAV (B.), Regime Juridique et portée de l'obligation de modérer le dommage dans les ordres juridiques nationaux et le droit du commerce international, RD. aff. int., 1987, p. 393.

(٢) انظر،

CARBONNEAU (T.),Op. cit., p. 776 ; DERAINS (Y.), L'obligation de minimiser le dommage., op. cit., p. 376.

الذي يرى أن المحكمين يمكنهم أن يشيروا إلى القانون المقارن ليؤكدا هذا الالتزام. فإذا كان هذا الالتزام ليس محل إجماع من كل القوانين الوطنية، فهو غير مجهول إلا عند عدد قليل منهم.

(٣) راجع في ذلك،

HORSMANS (G.), L'exécution du contrat et le comportement des parties., op. cit., p. 315.

الضرر "تنص المادة ١/٢٩٨ من هذا القانون على أن" لا يستطيع المتعاقد أن يطلب تعويضا عن فسخ العقد إذا أهمل في اتخاذ الإجراءات الضرورية بغرض تجنب أو تخفيف الضرر، إذا كان في استطاعته أن يتخذها " [١] .

ويطبق هذا الالتزام أيضا في نظام common law ، بل إن بعض الفقه يرى أن هذا الالتزام يستمد أصله من هذه الشريعة التي تعبر عنه بمصطلح "duty to mitigate" "واجب التخفيف" [٢].

ومن القوانين الوطنية التي تنص على هذا الالتزام قانوننا المدني المصري حيث ينص في المادة ١/٢٢١ منه على أنه "إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد أو بنص في القانون، فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول" .

ويستفاد من هذا النص أن المشرع لا يعوض الدائن عن الأضرار التي أصابته من جراء عدم التنفيذ أو التأخير فيه إلا إذا كان نتيجة طبيعية لعدم التنفيذ أو للتأخير فيه. وقد وضعت المادة ٢٢١ ضابطا لكون الضرر نتيجة طبيعية وهو "إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول" .

والضرر بهذا المفهوم الذي حددته هذه المادة هو ما يسميه الفقه بالضرر المباشر، الذي يقتصر التعويض في المسئولية المدنية، تعاقدية كانت أم تقصيرية على جبره [٣] .

ويقول بعض الفقه إن الدائن إذا لم يبذل جهداً معقولاً في توقى الضرر يكون أيضاً قد أخطأ، ومن ثم يوجد خطأ مشترك، وعلى المضرور أن يتحمل تبعة خطئه بتحمل الأضرار

---

(١) انظر المادة ١/٢٩٨ من هذا القانون.

(٢) انظر،

KAHN (Ph.),Op. cit., p. 322.

(٣) انظر في ذلك، د. عبد الرزاق السنهورى، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، دار النشر للجامعات، ١٩٥٢، بند ٦١٠، ص ٩١١ ؛ د. محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، الجزء الثاني، المصادر غير الإرادية، مرجع سابق، بند ٩٤، ص ٨٣. والجدير بالذكر أن تشريعات بعض الدول العربية تنص على هذا الالتزام أيضا، مثل المادة ٢٢٢ من القانون المدني الليبي، والمادة ١٨٢ من القانون المدني الجزائري، انظر في ذلك،

DERAINS (Y.), Op. cit., p. 376.

التي تنجم عن هذا الخطأ [1].

ولا يقتصر النص على هذا الالتزام في القانون المدني، بل نص عليه أيضا قانون التجارة البحري الجديد، فيما يتعلق بالتأمين البحري، في المادة ٣٦٣ منه التي يجرى نصها كالتالي "على المؤمن له عند وقوع الخطر المؤمن منه أن يبذل كل ما في استطاعته لإنقاذ الأشياء المؤمن عليها، وعليه أن يتخذ جميع الإجراءات للمحافظة على حق المؤمن في الرجوع على الغير المسئول، ويكون المؤمن له مسئولا عن الضرر الذي يلحق المؤمن بسبب إهمال تنفيذ هذه الالتزامات". ويلتزم المؤمن له تطبيقا لأحكام هذه المادة أن يبذل قصارى ما في استطاعته لتخفيف الضرر الواقع عليه لإنقاذ الأشياء المؤمن عليها في حالة وقوع الخطر، ولذا فالموقف السلبي للؤمن عليه في هذه الحالة غير مقبول منه. فالمؤمن له أقدر من المؤمن على تخفيف آثار وقوع الخطر لأنه أول من يعلم بوقوعه [2].

٣١٥- ثانيا : الإلتزام بتخفيف الضرر في اتفاقيات التجارة الدولية:

تحرص اتفاقيات التجارة الدولية على النص صراحة على هذا الالتزام رغم كونه تطبيقا لمبدأ حسن النية في تنفيذ العقد ولا يحتاج إلى نص صريح لتقريره. ومن الاتفاقيات التي تنص على هذا الالتزام اتفاقية فينا للبيع الدولي للبضائع ١٩٨٠ حيث تنص في مادتها ٧٧ على أن "يجب على الطرف الذي يتمسك بمخالفة العقد أن يتخذ التدابير المعقولة والملائمة للظروف للتخفيف من الخسارة الناجمة عن المخالفة، بما فيها الكسب الذي فات. وإذا أهمل القيام بذلك، فللطرف المخل أن يطالب بتخفيف التعويض بقدر الخسارة التي كان من الممكن تجنبها" [3]

وتحت عنوان " تخفيف الضررAtténuation du préjudice " تنص المادة

---

(١) د. حسام الدين كامل الأهوانى. النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، المرجع السابق، بند ٨٣٥، ص ٥٧٣. وانظر أيضاً، د. فتحى عبد الرحيم، الذي يرى أنه توجد تطبيقات تشريعية متعددة لفكرة التعاون في تنفيذ العقد توجب في الجملة على الدائن أن ييسر على المدين تنفيذ التزامه وأن يمنع اتساع الضرر الذي يصيبه تخفيفاً لمسئولية المدين. ومن هذه المواد (مادة ٤٤٩، ٥٧٠، ٥٨١، ٥٨٥، ٧٠٥و ٧١٧ مدنى)، بند ٢٠٤، ص ٢٨٦.

(٢) انظر، د. عبد الفضيل محمد أحمد، مرجع سابق، بند ٥٤٤ ، ص ٥٨٩.

(٣) انظر المادة ٧٧ من هذه الاتفاقية المشار إليها سابقا. ويجرى نص المادة ٨٨ من القانون الموحد للبيع الدولي للمنقولات المادية (لاهاي ١٩٦٤) على هذا النحو أيضا حيث تشير هذه المادة إلى الإجراءات المعقولة التي يجب أن يتخذها الدائن لتخفيف ما يلحقه من ضرر . وانظر في شرح هذه المادة،

HORSMANS (G.), Op. cit., p.315.

٨-٤-٧ من مبادئ اليونيدرواى Unidroit على أن "١- لا يلتزم المدين بتعويض الضرر في الحالة التي يستطيع فيها الدائن تخفيف هذا الضرر بطرق معقولة. ٢- يمكن للدائن أن يستعيد النفقات المعقولة التي أنفقها بغرض تخفيف الضرر " (١).

أما الشرط النموذجي للقوة القاهرة والظروف الطارئة الذي أعدته غرفة التجارة الدولية فهو لا يتناول هذا الالتزام إلا في التعليقات والملحوظات الواردة عليه. وينص البند العاشر من هذه التعليقات على أن "الطرف الذي يفسخ العقد بسبب عدم تنفيذ الطرف الآخر لالتزامه يجب أن يحاول doit tenter تخفيف خسائره الناتجة من عدم التنفيذ ... فإذا لم يفعل ذلك، فإنه يلتزم بدفع تعويض يجبر الأضرار والخسائر التي كان يمكنه تجنبها" (٢).

وعلى هذا يجازى الشرط الطرف الذي لا يحاول تخفيف الأضرار التي لحقت به بدفع تعويض للطرف الآخر .

---

(١) انظر المادة ٨-٤-٧ من هذه المبادئ.

(٢) انظر البند العاشر من هذه التعليقات والملحوظات، ص ١٦ من منشور غرفة التجارة الدولية.

المطلب الثاني
الشروط التعاقدية وآراء الفقهاء كأساس للالتزام بتخفيف الضرر

٣١٦- سنعالج في هذا المطلب على التوالي: الالتزام بتخفيف الضرر في واقع عقود التجارة الدولية، وآراء الفقهاء في تحديد أساس لهذا الالتزام.

٣١٧- أولاً : الالتزام بتخفيف الضرر في واقع عقود التجارة الدولية :

بادئ ذي بدء يجب القول بأن هذا الالتزام لا يحظى بعناية كبيرة من الأطراف عند اتفاقهم على مضمون شرط القوة القاهرة والآثار التي ترتبها. ومهما كان حرص الأطراف وفطنتهم عند إعداد شرط القوة القاهرة، ومهما كانت درجة تخصص معدي هذا الشرط، فإن هناك بعض المسائل الفرعية التي قد تنأى عن تفكيرهم. ومن أهم هذه المسائل الفرعية موضوع هذا الالتزام. وقد يرجع عدم اتفاقهم عليه لتركهم إياه لحكم القواعد العامة التي تفرضه (١)

ومع ذلك قد يحرص معدو هذه الشروط على النص عليه صراحة. ومثال لذلك الشرط الذي ينص على أن "يبذل الأطراف قصارى جهدهم لتحقيق الأهداف المرجوة من هذا العقد. وبصفة خاصة يتخذ الطرف المضرور من عدم تنفيذ الالتزام، كل الإجراءات المعقولة لتخفيف الضرر الذي ينتج من عدم التنفيذ. وفي حالة عدم قيامه بذلك فلا يعوض إلا عن الأضرار التي لم يكن ممكناً تجنبها أو تخفيفها " (٢). ومثال ذلك أيضا الشرط الذي ينص على أن "يلتزم البائع بأن يخفف، بقدر الإمكان، آثار حدث القوة القاهرة على العقد " (٣). والشرط الذي ينص على أن "في جميع الحالات على الطرف المعنى أن يتخذ

---

(١) راجع في ذلك،

NANOTIAV (B.), Op. cit., p. 393; LE ROY (D.), Op cit., p. 729.

(٢) شرط مشار إليه في،

FONTAINE (M.), " Best efforts ", " reasonable care " , " du diligence " et " règles et l'art " dans les contrats internationaux, RD. off . int., 1988, p. 1003.

(٣) ملحق رقم (٦)، شرط مشار إليه في،

LE ROY (D.), Op. cit., p. 755.

الإجراءات التي تكفل العودة إلى التنفيذ العادي للعقد في أقل مدة " [1]. ومن ذلك أيضا الشرط الذي ينص على أن " يلتزم المتعاقد بأن يبذل ما في استطاعته لتخفيف آثار القوة القاهرة على الوفاء بباقي الالتزامات الناتجة من العقد" [2]، والشرط المدرج في عقد نقل التكنولوجيا الذي ينص على أنه " إذا أصبح تنفيذ العقد مستحيلا بسبب حادث مستقل عن إرادة الأطراف، فوجب على كلا الطرفين أن يتخذ كل ما يمكنه من إجراءات لتجنب أو لتقليل الخسائر التي يتحملها" [3]. ومن ذلك أيضاً الشرط الذي ينص على أن "يلتزم الأطراف في حالة القوة القاهرة أن يبذلوا كل المجهودات الضرورية لإزالة أو تخفيف الصعوبات التي يواجهها تنفيذ العقد، وتخفيف الأضرار المترتبة على هذه الصعوبات " [4].

٣١٨- ثانياً: آراء الفقهاء في الأساس القانوني للالتزام بتخفيف الضرر:

إذا كان فقه التجارة الدولية يتفق حول مضمون هذا الالتزام و أنه يفرض على الطرف المضرور من عدم التنفيذ أو التأخير فيه، التزاماً إيجابياً بأن يفعل كل ما في استطاعته لتخفيف الخسارة التي يتحملها، فإنه يختلف في الأساس الذي يستند إليه.

١- فالبعض يرى أن هذا الالتزام يمثل قاعدة أنشأها قضاء التحكيم التجاري الدولي وتشكل أحد مبادئ قانون التجارة الدولية Lex mercatoria [5]. وقريب من هذا الاتجاه الأستاذ "لوكا" LOQUIN الذي يرى أن الالتزام بتخفيف الضرر هو "أحد العادات الأكثر رسوخاً في التجارة الدولية. فالعادة تفرض على الدائن أن يثبت عند تقديمه طلب

(١) شرط مشار إليه في،
FONTAINE (M.), Contrats internationaux., op. cit., p. 228.

(٢) ملحق رقم (١٠) مشار إليه في،
LE ROY (D.),Op. cit., p. 763.

(٣) شرط وارد في،
DELEUZE (J.-M.), Le contrat de transfert de technologie., op. cit., la formule 44,46 et 105, n° 97.

(٤) شرط مشار إليه،
BARBIEIR (J. - J), Op. cit., p. 488.

(٥) انظر في ذلك،
DERAINS (Y.), L'obligation de minimiser le dommage., op. cit., n° 17, p. 381.

التعويض أنه قد اتخذ الإجراءات الممكنة لتخفيف قدر الضرر الذي يتحمله "[١]؛ أي أن هذا الأستاذ يرى أن الالتزام بتخفيف الضرر يجد مصدره في عادات التجارة الدولية.

٢- وينتصر جانب آخر من الفقه إلى القول بأن الالتزام بتخفيف الضرر يجد أساسه في واجب التعاون بين الأطراف الذي تقتضيه طبيعة وأهمية عقود التجارة الدولية. فالتنفيذ العيني لهذه العقود يفرض على الأطراف التعاون المستمر وبذل قصارى الجهد في المحافظة على العقد ومتابعة استمراره. ونتيجة لذلك فإنه في حالة إصابة أحد الأطراف بضرر من جراء تنفيذ هذا العقد يجب أن يبذل كل ما في مكنته لتخفيف هذا الضرر حتى لا تزيد مسئولية الطرف الآخر وحتى تبقى العلاقة حسنة بينه وبين الطرف الآخر والعمل على عودة السريان العادي للعقد في أقرب وقت ممكن. فالمبدأ يرتبط بغرض اقتصادي يلزم الدائن بأن يهتم بمصالح مدينه [٢]. فالعلاقات الدولية تتطلب تعاوناً مشتركاً حتى بعد انتهائها" [٣].

٣- أما غالبية الفقه فتذهب إلى تأسيس هذا الالتزام على حسن النية في تنفيذ العقد، وخاصة في تنفيذ عقود التجارة الدولية، الذي يعد قاعدة أساسية من قواعد قانون التجارة الدولية. فمبدأ حسن النية يلزم كل طرف أن يكون أميناً في تنفيذ التزاماته التي يفرضها عليه العقد تجاه الآخر. وأن يبذل قصارى جهده في ألا يضر به. وأول صور هذا الضرر هو أن يترك الخسارة التي يتحملها تتفاقم مما يزيد من مسئولية الطرف الآخر. فالالتزام بتخفيف الضرر هو إذن أحد المبادئ المستخلصة من مبدأ أعلى يحكم تنفيذ العقود كما يحكم إبرامها، وهو حسن النية [٤].

---

(١) انظر،
LOQUIN (E.), La réalité des usages du commerce international., op. cit., p. 177.

(٢) قريب من ذلك،
ABUL MINIM H. (A.), Op. cit., n° 649, p. 376.

(٣) انظر في ذلك،
FADLALLAH (I.), Le projet de convention sur la vente de marchandises, JDI, 1979, p. 768.

(٤) انظر في ذلك، د. عبد الفضيل محمد أحمد، مرجع سابق، بند ٥٤٤، ص ٥٨٩. وانظر أيضاً،
KAHN (Ph.), Les principes généraux du droit., op. cit.,. p. 322 ; FONTAINE (M.), Contrats internationaux., op. it., p. 228 ; A. Von Mehren & J. Gordely,The civil law system, 2 nd ed., 1977, p. 115.

٣١٨ - مكرر - ثالثاً : رأينا في الموضوع :

نرى من جانبنا أن هذه الأسس الثلاثة التي يقول بها الفقه غير متناقضة، بل تتكاتف جميعاً لتنهض كأساس للالتزام بتخفيف الضرر. فمبدأ حسن النية يفرض على كل متعاقد أن يكون أميناً في تنفيذ التزامه وأن يتعاون من الطرف الآخر ويبذل قصارى جهده للتخفيف من خسائره حتى لا تزيد مسئولية الطرف الآخر، وهذا كله يعتبر تطبيقاً لمبدأ حسن النية، هذا من ناحية. وتتواتر قرارات التحكيم ، من ناحية ثانية، على فرض هذا الالتزام، ويجازي المحكمون على عدم القيام به بحيث يمكن القول أنه أصبح عادة من عادات التجارة الدولية.

المبحث الثاني
الالتزام بتخفيف الضرر في قرارات التحكيم

٣١٩- أصبح التحكيم التجاري الدولي، بلا شك، منافساً خطيراً لقضاء الدولة في مجال المنازعات المتعلقة بالتجارة الدولية [1]. فقد نتج عن زيادة المبادلات الاقتصادية وعمليات التجارة الدولية ، وعدم ملاءمة التنظيمات القضائية الوطنية لتسوية ما ينشأ عنها من منازعات، أن اتجه المتعاملون في هذه التجارة إلى أداة أكثر ملاءمة لطبيعة وواقع هذا النوع من التجارة وهى التحكيم الدولي [2]. ويرجع تفضيل المتعاملين في التجارة الدولية لهذه الأداة إلى ما يتميز به قضاء التحكيم من سرعة وحياد و سرية وقلة التكاليف. هذا بالإضافة إلى إمكانية الوصول إلى حل توفيقي يقوم على اعتبارات العدالة لا على اعتبارات القانون الجامد [3]. ويمكن القول ببساطة إن اللجوء إلى التحكيم من جانب المتعاملين في التجارة الدولية يترجم إرادة الأطراف في هروبهم من اختصاص القضاء الوطني ومن نطاق القوانين الوطنية، ويترجم رغبتهم في عدالة أخرى تدار بشكل مختلف [4].

وبعيداً عن الجدل الفقهى الذي ثار حول مدى تمتع قرارات التحكيم التجاري الدولي بالقوة القانونية للسوابق القضائية وما إذا كان يجوز الإشارة إلى هذه القرارات في تأسيس التزام ما على عاتق الأطراف باعتبارها مصدر من مصادر قانون التجارة الدولية [5]،

---

(١) انظر في ذلك، د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الطليق، مرجع سابق، بند ٢١٧، ص ٢٠٣.

(٢) انظر في التطور التاريخي لظهور التحكيم الدولي وأهميته، د. أبو زيد رضوان. الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي. مرجع سابق، ص ١ - ١٧.

(٣) د. أحمد شرف الدين. مضمون بنود التحكيم وصياغتها في العقود الدولية، بحث منشور في مجلة إدارة الفتوى والتشريع، العدد الخامس، ١٩٨٥ ، ص ١٣. ويرى سيادته أنه " رغم أن هذه المزايا نسبية لا تعبر عن قاعدة مطلقة بقدر ما تعبر عن الاتجاه المفترض، إلا أن المشاهد أن العديد من حالات تسوية منازعات العقود الدولية يتم أمام أجهزة التحكيم " . وانظر أيضاً. د. محمد يوسف علوان. النظام القانونى لاستغلال النفط في الأقطار العربية ، دراسة في العقود الاقتصادية الدولية،مطبوعات جامعة الكويت، بدون تاريخ، ص ٣٩٨.

(٤) انظر في ذلك،

OPPETIT (B.), Philosophie de l'arbitrage commercial international, JDI, 1993, p. 817.

(٥) ثار خلاف جاد في الفقه في خصوص هذه المسألة. فالبعض يرى أن المحكم الدولي يمكنه استخلاص

فإن الدراسة المتأنية للقرارات الصادرة من محكمي التجارة الدولية تشير إلى أن المحكمين يستندون في تقريرهم الالتزام بتخفيف الضرر إلى القرارات السابقة الصادرة من محكمين آخرين، هذا من ناحية. وتكشف لنا هذه القرارات، من ناحية ثانية، عن أن المحكمين يعتبرون هذا المبدأ من مبادئ قانون التجارة الدولية Lex Mercatoria ، ولذا يشيرون إليه في عدد غير قليل من القرارات.

وسوف نعرض لهذين الأساسين في مطلبين متتاليين.

قواعد ومبادئ عامة تتجاوز حدود النزاع الصادرة فيه، ومن تكرار الحلول التي تتضمنها هذه القرارات نشأ ما يطلق عليه قضاء التحكيم وهو شبيه تاماً بقضاء الدولة. وإذا كان تواتر هذه القرارات لم يتم حتى الآن بالشكل الذي يتم به في القضاء الوطني، فهذا يرجع إلى حداثة هذا القضاء بالمقارنة بالقضاء الوطني وهذا لا يمنع من أن يتم هذا التواتر بشكل كبير في السنوات القادمة. انظر في هذا الاتجاه،

GOLDMAN (Ph.), Arbitrage de droit international privé, Répertoire Dalloz de droit international, p. 116 ; MAYER (P.), L'autonomie de l'arbitrage dans l'appréciation de sa propre compétence, Rec. de cours, 1989, V, p. 426 ; E. CARBONNEAU (T.), Vers un droit matériel de l'arbitrage commercial international fondé sur la motivation des sentences, RDI et D. comp., 1984, p. 761.

وعلى العكس من ذلك، يرى جانب آخر من الفقه أن قرارات التحكيم لا يمكن أن تكتسب القوة القانونية للسوابق القضائية لعدة أسباب منها: اختلاف وظيفة المحكم عن وظيفة القاضي، عدم وجود جهة قضائية عليا تقوم على توحيد الاتجاهات المختلفة لهذه القرارات، عدم كفاية نشر قرارات التحكيم مما لا يعكس الاتجاه الحقيقي لهذه القرارات. انظر في هذا الاتجاه،

KASSIS (A.), Théorie générale des usages de commerce, LGDJ, Paris, 1984, p. 511, not 26 ; DAVID (R.), L'arbitrage dans le commerce international, Economica, Paris, 1982, n º 453.

المطلب الأول
الإشارة إلى قرارات التحكيم عند تأسيس للالتزام بتخفيف الضرر

٣٢٠- نستنج من دراسة قرارات التحكيم الصادرة في مجال الالتزام بتخفيف الضرر أن قضاء التحكيم يؤسس هذا الالتزام على القرارات التي سبق أن أصدرها محكمون آخرون. في هذه الحالات، التي سنفحصها حالاً، نجد أن هناك قانوناً وطنياً مطبقاً على العقد، وأن هذا القانون يعرف جيداً هذا الالتزام وينص عليه صراحة، ومع ذلك لا تشير قرارات التحكيم إلى نصوص هذا القانون كأساس لهذا الالتزام وإنما تشير إلى قرارات تحكيمية سابقة.

ومن القرارات التي طبق فيها قضاء التحكيم هذه الفكرة، القرار الصادر في القضية رقم ٣٣٤٤ لسنة ١٩٨١. ففي هذا القرار فصلت محكمة التحكيم، وكان مقرها في جنيف، في النزاع الذي ثار بين مشروعين عامين تابعين لدولتين عربيتين (الجزائر والمغرب). وتتمثل وقائع هذا النزاع في أن المشروع الأول X الجزائري التزم بان يورد إلى المشروع الثاني Y المغربي كميات متفقاً عليها من البترول من عام ١٩٧٢ إلى عام ١٩٧٤. وعلى الرغم من أن مدة العقد ثلاث سنوات، فإنه قد خضع لمفاوضات بين الطرفين في نهاية عام ١٩٧٣ بناءً على طلب الطرف الجزائري X بسبب الارتفاع الكبير الذي حدث في أسعار البترول على مستوى السوق العالمية .

نتج من هذه المفاوضات أن اتفق الأطراف على طريقة معينة لتحديد ثمن البترول لعام ١٩٧٤ هى كالآتي: بالنسبة للنصف الأول من هذا العام، وهو ما يهمنا الآن، اتفق الطرفان على أن يكون سعر البترول هو ١٢,٥ دولار للبرميل ومع ذلك اتفق الأطراف على أنه:

- بالنسبة للثمن الذي يسري في هذا الجزء من العام هو ثمن مؤقت وليس نهائياً.

- أن هذا الثمن قابل للمراجعة سواء بالزيادة أو بالنقصان، وفقاً لموقف حكومة الدولة التابع لها X (الحكومة الجزائرية) تجاه الاتفاقات المالية التي تبرم خلال هذا النصف من العام .

ألغت الحكومة الجزائرية كل الاتفاقات المالية الخاصة بالنصف الأول من عام ١٩٧٤ بسبب الارتفاع في الأسعار، وقد أخطر المشروع X ، المشروع Y بقرار الحكومة وبأن باقي العملاء الآخرين قد قبلوا توريد البترول بسعر ١٤ دولار للبرميل بدلاً من ١٢,٥ دولار، ويكون السعر بالنسبة له هو ١٣,٥ دولار للبرميل لاحتواء العقد على شرط العميل الأولى بالرعاية.

لم يجب المشروع Y على هذا التلكس واستمر المشروع X في توريد البترول بالسعر الذي حدده وهو ١٣,٥ دولار، بينما استمر المشروع Y في تسلم البترول بالسعر القديم وهو ١٢,٥ دولار. استمر الوضع على هذا المنوال فترة. ثم أوقف المشروع X توريد البترول للمشروع الآخر. وفي طلب التحكيم الذي قدمه، طالب المشروع X برد باقي ثمن البترول على أساس ١٣و٥ دولار للبرميل، على حين أن المشروع Y قد طالب بالتعويض عما أصابه نتيجة لتوقف التوريد من جانب المشروع X.

ردت هيئة التحكيم على طلب المشروع Y بالرفض. وأسست هذا الرفض على أن هذا المشروع لم يثبت أنه قد أصابه ضرر من عدم تسلمه هذه الكميات، وأنه لم يقدم الإثبات على أنه قد قام بكل ما في وسعه لتخفيف هذا الضرر حسب ما يتطلب قضاء التحكيم في هذا الصدد. وتقول هيئة التحكيم في ذلك " .... ويجب أيضاً، حتى تقوم مسئولية المشروع X ، أن يقدم المشروع Y الدليل على إصابته بضرر نتج من الخطأ الذي ارتكبه المشروع X. وهذا لم يحدث. كما أنه لم يثبت، كما يتطلب قضاء التحكيم، أنه قد اتخذ الإجراءات الممكنة لتخفيف هذا الضرر "[١].

وعلى الرغم من أن القانون الذي كان يحكم العقد هو القانون الجزائري وهو ينص على التزام الدائن بتخفيف ما يلحق به من ضرر في المادة ١٨٢ مدنى منه[٢]، إلا أن المحكم أشار إلى قضاء التحكيم عند تأسيسه لهذا الالتزام.

ولا يختلف الأمر في القرار الصادر في القضية رقم ٢٤٠٤ لسنة ١٩٧٥، وإن كانت إشارة المحكم في هذا القرار أكثر تحديداً من إشارته في القرار السابق؛ لأنه يشير هذه

---

(١) انظر في هذا القرار، المجموعة الأولى من القرارات، ص ٤٤٠-٤٤٩، وبصفة خاصة، ص ٤٤٦. وانظر في التعليق عليه ملحوظات الأستاذ " ديران " DERAINS (Y.).

(٢) انظر في ذلك،
DERAINS (Y.), L'obigation de minimiser le dommage., op. cit., p. 375.

المرة إلى قرار تحكيمي معين وليس إلى عبارة قضاء التحكيم بصفة عامة. وتتلخص وقائع هذه القضية في أن مشروعاً رومانياً X أبرم عقد بيع مع مشروع بلجيكي Y. بعد فترة من تنفيذ العقد توقف المشروع الروماني عن توريد المنتجات محل العقد. قدم المشروع Y طلب تحكيم ضد المشروع الروماني أمام هيئة تحكيم انعقدت في باريس مطالباً بالتعويض عن الخسائر التي أصابته من جراء عدم التنفيذ.

رفضت هيئة التحكيم قول المشروع الروماني أن من حقه المطالبة بتعديل شروط العقد نتيجة تغير الظروف الخارجية المحيطة به والتي أثرت بدورها في التزامات المتعاقدين وأخلت بتوازن العقد. وفي تقديرها لمبلغ التعويض المستحق للمشروع Y أشارت الهيئة إلى التزام هذا المشروع بتخفيف الأضرار حتى لا يزيد من مسئولية الطرف الآخر. وقد أشارت هيئة التحكيم عند تأسيسها لهذا الالتزام إلى قرار التحكيم الصادر في القضية رقم ٢١٤٢ لسنة ١٩٧٤ الذي طبق هذا الالتزام، على الرغم من أن القانون الفرنسي هو المطبق على العقد ويعالج هذا الالتزام في المادة ١١٥٠ مدني منه [١].

ويؤكد جانب من الفقه على نظرة قضاء التحكيم إلى واجب تخفيف الضرر باعتباره أحد السوابق القضائية بقولهم "هذا الالتزام مؤكد في قضاء التحكيم منذ سنوات عديدة، ولا يحتاج المحكمون في تأكيده إلى نظام قانوني معين" [٢]، كذلك قولهم "إن الالتزام بتخفيف الضرر هو أحد الالتزامات التي أسسها قضاء التحكيم" [٣].

---

(١) انظر في هذا القرار، المجموعة الأولى من قرارات غرفة التجارة الدولية، ص ٢٨١. وانظر في التعليق عليه الأستاذ "ديران" DERAINS (Y.) الذي يرى أن قواعد Lex mercatoria تتطابق مع أحكام القانون الفرنسي فيما يتعلق بالتزام الدائن بتخفيف ما يلحق به من أضرار. راجع، ص ٢٨٢.

(٢) انظر،

HANOTIAU (B.), La détermination et l'évoluation du dommage réparable : principes généraux en emergence, in " Transnational Rules in International Commercial Arbitration", op. cit., p. 216.

(٣) انظر في ذلك،

GAILLARD (E.), Arbitrage commercial international, Sentence arbitration, Droit applicable au fond du litige, J. - Cl., Dr. int., 1991, fasc. 586 - 9 - 1, p. 18, note (B) ; PAULSSON (J.), Op. cit., p. 92 et 93 ; OPPETIT (B.), Arbitrage juridictionnel., op. cit., p. 496.

المطلب الثاني
الالتزام بتخفيف الضرر أحد مبادئ قانون التجارة الدولية
Lex mercatoria

٣٢١- تشير بعض قرارات التحكيم إلى مبادئ قانون التجارة الدولية Lex mercatoria في تأسيسها للالتزام بتخفيف الضرر. وقد تأتي إشارة المحكمين إلى هذه المبادئ صريحة أو ضمنية وذلك بأن يتصدى المحكم من تلقاء نفسه بفرض هذا الالتزام ، سواء في حالة وجود قانون وطني معين مطبق على العقد، أو حتى في حالة غياب هذا القانون.

٣٢٢- أولاً : الإشارة الصريحة لمبادئ قانون التجارة الدولية عند تأسيس الالتزام بتخفيف الضرر:

إشارة المحكم الصريحة إلى أن الالتزام بتخفيف الضرر هو أحد المبادئ الأساسية لقانون التجارة الدولية Lex mercatoria نقابلها في عدد غير قليل من قرارات التحكيم. ففي القرار الصادر في القضية رقم ٢٤٧٨ لسنة ١٩٧٤ يعبر المحكمون عن ذلك بقولهم "إن ضرر المدعي الفرنسي مؤكد، ومع ذلك فإن عدم تمكن البائع الروماني من تسليمه كميات البترول المتفق عليها، يلزمه بالبحث عن كميات أخرى لإحلالها محل الكميات الناقصة. . . . . وأياً كان قدر التعويض المدفوع له، يجب أن نأخذ في الاعتبار، عند تقييم هذا التعويض، أنه وفقاً للمبادئ العامة للقانون . . . على الطرف المضرور أن يتخذ كل الإجراءات الممكنة لتخفيف الضرر" [(١)].

وفي القرار الصادر في قضية Noc Libyan sun oil قدرت هيئة التحكيم التعويض المستحق لشركة Noc ضد الشركة الثانية لعدم قيامها بالبحث والتنقيب عن البترول في المناطق المحددة في العقد المبرم بينهما. وأشارت الهيئة إلى أن التزام الدائن المضرور (شركة Noc) بأن يبذل قصارى جهده لتخفيف الضرر هو أحد مبادئ قانون التجارة الدولية Lex mercatoria. هذا على الرغم من أن القانون الليبي هو القانون المطبق على العقد بالاتفاق الصريح بين الأطراف وهو ينص على هذا الالتزام في المادة ٢/٢٢٢

---

(١) انظر المجموعة الأولى من القرارات، ص ٢٣٣ - ١٣٦، وبصفة خاصة ص ٢٣٤.

مدني منه [1].

وتطبيق أكثر حداثة لهذه الفكرة نقابله في القرار الصادر في قضية Amico Asia ضد الحكومة الإندونيسية تحت رعاية المركز الدولي لتسوية النزاعات الخاصة بالاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى C.I.R.D.I . . فعند تقديرها لمبلغ التعويض لصالح شركة Amico Asia أكدت محكمة التحكيم أن هذه الشركة لم يكن لديها الإمكانية لتخفيف ضررها، فلا تمتلك وسيلة تمكنها من ذلك. وأشارت الهيئة إلى أن الالتزام بتخفيف الضرر هو أحد مبادئ قانون التجارة الدولية [2].

٣٢٣- ثانياً : الإشارة الضمنية لمبادئ قانون التجارة الدولية عند تأسيس الإلتزام بتخفيف الضرر :

استناد المحكم إلى مبادئ قانون التجارة الدولية بشكل ضمني يظهر من وجهة نظرنا في نوعين من الحالات:

النوع الأول: في هذا النوع من الحالات يتحدد القانون الذي يحكم العقد ومع ذلك لا يشير المحكم إلى نصوص هذا القانون، مع أنه ينص على هذا الالتزام، ولكن يتدخل المحكم من تلقاء نفسه لفرض هذا الالتزام. فتدخل المحكم لفرض الالتزام بتخفيف الضرر وتخفيض مبلغ التعويض الذي يستحقه الدائن لمخالفته يرجع إلى أن المحكم يعتبره أحد مبادئ قانون التجارة الدولية Lex mercatoria التي يجب أن تنطبق حتى دون الإشارة إلى القانون الوطني المطبق [3].

---

(١) قرار تحكيم غرفة التجارة الدولية، وارد في،

Rev. arb., 1991, p. 265 et s.

(٢) هذا القرار وارد في،

JDI,1991, p. 173 et s , obs. GAILLARD (E.).

والجدير بالذكر أن هذه القضية قد مرت بتطورات عديدة منذ طلب التعويض الذي قدمته شركة Amico Asia ضد الحكومة الإندونيسية في ٢٥ يناير ١٩٨١ نظراً لفسخها عقود إنشاء وإدارة فندق بلازا كارتيكا Plaza Kartika، وهذه التطورات منشورة، إلى جانب المرجع السابق، في،

JDI, 1986, p. 200; JDI, 1987, p. 145; JDI, 1987,p. 174; JDI, 1989, p. 143.

وقد قام بالتعليق على كل هذه القرارات الأستاذ "جيار" (GAILLARD (E. .

(٣) انظر في ذلك، ملحوظة الأستاذ "ديران" على قرار التحكيم الصادر في القضية رقم ٢٢١٦ لسنة ١٩٧٤، المجموعة الأولى من الأحكام، ص ٢٣٠.

ومن أمثلة هذا النوع من القرارات، القرار الصادر في القضية رقم ٢٢١٦ لسنة ١٩٧٤، فقد ترك المحكمون جانباً نصوص القانون النرويجي المطبق على العقد، في تأسيس الالتزام بتخفيف الضرر، وتدخلوا من تلقاء أنفسهم لفرض هذا الالتزام على المشروع البائع. وتقول هيئة التحكيم في ذلك "المشروع البائع الذي كان متمسكاً بنصوص العقد وبالعلاقة مع الطرف الآخر حتى تاريخ التلكس الذي تم من هذا الأخير بفسخ العقد، كان يجب عليه بعد هذا التاريخ أن يبذل قصارى جهده ليبيع البترول إلى مشروع آخر في أسرع وقت ممكن بهدف تخفيف الضرر. وأخذاً في الاعتبار المكانة والأهمية الدولية لهذا المشروع البائع، فقد افترضت هيئة التحكيم أنه من العدل أن يعمل هذا المشروع على إيجاد حل عادل في نهاية شهر"(١).

ونفس الأمر نقابله في القرار الصادر في القضية رقم ٥٥١٤ لسنة ١٩٩٠. ففي هذه القضية لم يطبق المحكمون نصوص القانون السويسري الذي يحكم العقد وإنما تصدوا من تلقاء أنفسهم ليؤكدوا أن المشروع الفرنسي لم يخالف الالتزام بتخفيف الضرر عندما استمر في تمويل نفسه مالياً بعد توقف الدولة عن تمويله (٢).

ومثال آخر نقابله في القرار الصادر في القضية رقم ٦٨٤٠ لسنة ١٩٩١. فقد نفي المحكم الفرد الذي نظر القضية وجود إهمال من جانب البائع المصري في البحث عن مشترين آخرين ليخفف الأضرار الناتجة من عدم تسلم المشترى السنغالي كميات الملابس الجاهزة المتفق عليها في العقد المبرم بينهما. وأكد المحكم أن البائع المصري عندما انتظر فترة قبل البحث عن مشترين آخرين إنما كان ذلك بناءً على طلب المشتري السنغالي الذي طلب امتداد مدد التسليم. ولم يشر المحكم في هذه القضية إلى القانون السنغالي واجب التطبيق على العقد (٣).

---

(١) قرار تحكيم غرفة التجارة الدولية، المجموعة الأولى من القرارات، ص ٢٢٦- ٢٢٧.

(٢) انظر في وقائع هذا القرار،

JDI,1990, pp. 1022 - 1030

وانظر في التعليق على هذا القرار ملحوظات الأستاذ "ديران" الذي يؤكد أن فرض المحكم هذا الالتزام يترجم على أنه أحد مبادئ Lex mercatoria.

(٣) وقائع هذا القرار منشورة في،

JDI، ١٩٩٢، p. ١٠٣١- ١٠٣٦.=

النوع الثاني : وفي هذا النوع من القرارات لم تثر أمام المحكم مسألة القانون واجب التطبيق، فلا يتضح من وقائع القضية كما هى واردة في مجموعة القرارات أو في " جريدة القانون الدولي " أن الأطراف أو المحكم قد حددوا هذا القانون. ومع ذلك يتدخل المحكم أيضاً لفرض هذا الالتزام على عاتق الدائن بالالتزام. ويختلف هذا النوع من الحالات عن سابقه في أن القانون المطبق على العقد كان محدداً في النوع الأول ومع ذلك تجاهله المحكم وتحدث عن الالتزام دون إرجاعه لأساس معين. أما في النوع الثاني فإن سلوك المحكم هو نفسه لم يتغير ولكن القانون المطبق لم يكن محدداً.

ونتفق من جانبنا مع رأي الأستاذ "ديران" DERAINS في اعتبار عدم إشارة المحكم إلى أساس قانونى معين لهذا الالتزام، مع عدم تحديد القانون المطبق، ترجمة على أن المحكم قد طبق هذا الالتزام باعتباره أحد مبادئ قانون التجارة الدولية Lex mercatoria أو باعتباره قد أصبح عادة من عادات التجارة الدولية [١].

ومن أمثلة هذا النوع من القرارات، ذلك الصادر في القضية رقم ٢١٤٢ لسنة ١٩٧٤، والقرار الصادر في القضية رقم ٢١٣٩ لسنة ١٩٧٤ أيضاً. ففي هذين القرارين اللذين تتمثل وقائعهما في عقد مبرم بين عدد من الشركات الأجنبية وإحدى الدول الآخذة في النمو تقوم بمقتضاه الشركات الأجنبية باستغلال بعض المناجم الموجودة في هذه الدولة. وبعد فترة من تنفيذ العقد قامت الدولة بتأميم هذه المناجم ومنح استغلالها لأحد المشروعات الوطنية. هددت الشركات الأجنبية بالحجز على كل المنتجات المنجمية الصادرة من هذه المناجم. قام المشروع الوطني بإبرام عدة عقود لبيع هذه المنتجات في الفترة ما بين التأميم والتهديد بالحجز. نفذ كل المشترين التزاماتهم بتسلم هذه المنتجات باستثناء بعض الشركات التي امتنعت عن التسلم بحجة أن التهديدات التي تصدر من الشركات الأجنبية صاحبة الامتياز الأول تمثل بالنسبة لها حالة قوة قاهرة

=وانظر أيضاً في نفس الاتجاه القرار الصادر في القضية رقم ٥٩١٠ لسنة ١٩٨٨، وارد في المجموعة الثانية من القرارات، ص ٣٧٠-٣٧٩ حيث كان القانون البلجيكي هو الذي يحكم عقد البيع الذي تم بين الشركتين البلجيكيتين x،y . وانظر ملحوظات الأستاذ " ديران " DERAINS (Y.) خاصة ص ٣٧٦.

(١) انظر ملحوظة الأستاذ "ديران" DERAINS (Y.)، على القرار رقم ٢١٠٣ لسنة ١٩٧٢، مجموعة أولى من القرارات، ص ٢٠٦.

تمنعها من تسلم هذه المنتجات .

رفضت هيئة التحكيم هذه الحجة وحكمت بالتعويض لصالح المشروع الوطني، ومع ذلك لم توافق على تعويضه عن كل الأضرار التي سببها عدم تسلم المنتجات ؛ إذ كان عليه أن يعمل على تخفيف هذه الأضرار بالبحث عن مشترين آخرين يتسلمون هذه المنتجات. فالبائع ملتزم ببذل جهد معقول لتقليل الضرر الناتج عن إخلال المشترى بالعقد [١].

ونفس الأمر طبقه المحكم الفرد في القرار الصادر في القضية رقم ٢١٠٣ لسنة ١٩٧٢. فقد قبل المحكم إدعاء الشركة الأمريكية (B) بأن الشركة الفرنسية (A) لم تقم بواجبها بتخفيف الضرر، وأكد على أن الشركة (A) لم تقدم ما يفيد أنها قامت بالمجهودات الكافية لتخفيف الضرر الواقع عليها نتيجة فسخ العقد المبرم بينها وبين الشركة الأمريكية (B) [٢].

وفي قرار آخر، وهو القرار رقم ٧١٩٧ لسنة ١٩٩٢، رفض المحكم ادعاء المشتري بأن البائع لم يقم بالإجراءات التحفظية اللازمة للحفاظ على البضاعة التي لم تسلم حتى يقلل من مسئولية المشتري. وأكد على أن البائع لم يخالف الالتزام بتخفيف الضرر [٣].

خلاصة الأمر أن المحكمين في التجارة الدولية، سواء كانوا يفصلون في النزاع وفقاً لقانون وطني محدد أم لا، وسواء كانوا يتمتعون بسلطة التحكيم مع التفويض بالصلح أم لا، يتخذون موقفاً مشابهاً فيما يتعلق بالتزام الدائن بتخفيف أضراره. فهم إما يشيرون في تأسيس هذا الالتزام إلى قرار تحكيمي معين أو عدة قرارات، أو يشيرون صراحة أو ضمناً إلى هذا الالتزام باعتباره مبدأ من مبادئ قانون التجارة الدولية Lex mercatoria .

---

(١) انظر في وقائع هذين القرارين، المجموعة الأولى من القرارات ص، ٢٣٧-٢٤١، ١٩٤-١٩٥، ملحوظات الأستاذ "ديران" DERAINS (Y.).

وانظر أيضاً التعليق عليهم د. محي الدين إسماعيل علم الدين، تأميم المناجم أمام التحكيم، مقالة في جريدة الأهرام الاقتصادي، العدد ١٢٤٩ في ٢١ ديسمبر ١٩٩٢،ص ٦٥.

(٢) وقائع هذا القرار منشورة في المجموعة الأولى من قرارات التحكيم، ص ٢٠٤-٢٠٦. وانظر ملحوظات الأستاذ "ديران" DERAINS (Y.) عليه .

(٣) قرار غرفة التجارة الدولية، منشور في،
JDI,1993, pp. 1029 - 1040, obs. DERAINS (Y.).

الفرع الثاني
الإجراءات التي تُتخذ لتخفيف الضرر وجزاء عدم القيام بها

٣٢٤- إذا كان الالتزام بتخفيف الضرر التزاماً مؤكداً في اتفاقيات التجارة الدولية، وفي واقع عقود التجارة الدولية، وتتواتر عليه قرارات التحكيم التجاري الدولي، فإن مضمون الإجراءات التي يجب أن يتخذها الدائن تنفيذاً لهذا الالتزام غير محدد. وتقدير هذه الإجراءات أمر متروك للمحكمين الذين يقدرونها وفقاً لظروف كل حالة على حدة [1]. أما الشروط التعاقدية واتفاقيات التجارة الدولية فتقتصر على التذكير بهذا الالتزام فقط دون تفاصيل. ففي الغالب نقابل صياغات عامة تؤكد وجود الالتزام دون ذكر الإجراءات نفسها مثل "الإجراءات المعقولة"، "كل ما يمكن عمله"، "يبذل قصارى جهده"، "بقدر الإمكان".

ومن المسلم به في الشروط التعاقدية واتفاقيات التجارة الدولية و كذلك قرارات التحكيم أن الدائن الذي لا يقوم بالإجراءات المعقولة لتخفيف خسائره يتعرض لجزاء يتمثل عادة في نقص قيمة التعويض المستحق له.

وسوف نقسم هذا الفرع إلى مبحثين، نعالج في الأول الإجراءات التي تتخذ لتخفيف الضرور، ونبين في الثاني جزاء عدم القيام بهذه الإجراءات.

---

(١) ومع ذلك نلاحظ أن قرارات التحكيم قد تقتصر فقط على التذكير بالالتزام، ثم يعرض المحكمون بعد ذلك لوجود مخالفة أو عدم وجود مخالفة له دون أن يتعرضوا للإجراءات التي كان يجب أن يتخذها الطرف الدائن أو التي اتخذها بالفعل لتخفيف الأضرار.

ومن هذه القرارات، القرار الصادر في القضية رقم ٢٤٠٤ لسنة ١٩٧٥، وارد في المجموعة الأولى من القرارات، ص ٢٨٠؛ والقرار الصادر في القضية رقم ٣٣٤٤ لسنة ١٩٨١، وارد في المجموعة الأولى من القرارات، ص ٤٤٠؛ والقرار الصادر في القضية رقم ٤٧٦١ لسنة ١٩٨٧، وارد في المجموعة الثانية من القرارات، ص ٣٠٢.

المبحث الأول
الإجراءات التي تُتخذ لتخفيف الضرر

٣٢٥- لا يتمثل الالتزام بتخفيف الضرر في التزام سلبي بعدم زيادة الضرر فقط، وإنما يتمثل أيضاً في التزام إيجابي بتخفيف هذا الضرر. فلا يطلب من الدائن فقط الامتناع عن أى فعل من شأنه تضخيم الضرر، وإنما يطلب منه. علاوة على ذلك، أن يقوم بكل عمل يؤدى إلى تخفيف هذا الضرر، سواء بعقد علاقات جديدة مع عملاء آخرين، أو بالتفاوض مع الآخر الطرف في العقد، أو قبول عرض معقول قدمه له هذا المتعاقد الآخر.

وغنى عن البيان أن الإجراءات التي يمكن أن يتخذها الدائن لتخفيف ما يلحق به من أضرار تتنوع بحسب طبيعة العقد المبرم بين الأطراف. فعقد البيع التجاري مثلاً يفرض بطبيعته إجراءات معينة تنفيذاً لهذا الالتزام تختلف عن الإجراءات التي يفرضها عقد التمويل المالي أو عقد الإنشاء.

والواقع أن تقدير هذه الإجراءات يثير صعوبات جادة في بعض العقود كعقود نقل التكنولوجيا، كما أن هذا التقدير لابد أن يرتبط بقدرة المشروع الشخصية وظروف الواقعة.

وبناءً على ما تقدم سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول : تنوع الإجراءات التي تتخذ لتخفيف الضرر

المطلب الثاني : تقدير إجراءات تخفيف الضرر

المطلب الأول
تنوع الإجراءات التي تُتخذ لتخفيف الضرر

٣٢٦- تفصح دراسة قرارات التحكيم التجاري الدولي التي تعالج الالتزام بتخفيف الضرر عن أن معظم الإجراءات التي واجهها المحكمون تنفيذاً لهذا الالتزام تتعلق بعقود البيع أو عقود التوريد مع اختلاف محل هذه العقود، منتجات بترولية، مواد معدنية أو غيرها. ولكن هذا لا يمنع من القول بأن هناك بعض قرارات التحكيم تتحدث عن هذه الإجراءات في عقود أخرى كعقود النقل وعقود التمويل المالي، وعقود الإنشاء.

وسوف نتحدث أولاً عن هذه الإجراءات في عقود البيع، ثم نتحدث ثانياً عنها في العقود الأخرى.

٣٢٧- أولاً : إجراءات تخفيف الضرر في عقود البيع :

من الإجراءات التي أشار إليها قضاء التحكيم فيما يتعلق بعقود البيع أو عقود التوريد ما يلي:

١- المحافظة على البضاعة :

إذا لم يقم المشتري بتسلم البضاعة المبيعة، فعلى الدائن أن يتخذ الإجراءات اللازمة للحفاظ على البضاعة التي لم تسلم. وإذا أنفق البائع تكاليف معينة في سبيل الحفاظ عليها ردت المحكمة إليه هذه المصاريف. ويتمثل هذا الإجراء في القرار الصادر في القضية رقم ٧١٩٧ لسنة ١٩٩٢.ففي هذه القضية أكد المحكم الفرد الذي نظرها أنه "لا يتضح للمحكم، أن المدعي (البائع) قد خالف الالتزام بتخفيف الضرر المنصوص عليه في المادة ٧٧ من اتفاقية فينا للبيع الدولي للبضائع. وأن هذه الإجراءات (إجراءات الحفاظ على البضاعة) تفرض نفسها في عقد بيع البضائع حتى ولو لم يكن هناك التزام تعاقدي يفرضها وفقاً للمواد ٨٢ إلى ٨٥ من اتفاقية فينا. كما أن مصاريف التخزين (التي سترد إلى البائع) يجب ألا تزيد من الناحية الاقتصادية على القيمة الكلية للبضائع "[١].

---

(١) قرار تحكيم غرفة التجارة الدولية، وارد في ،

JDI, 1993, p. 1035.

٢- **التفاوض مع المتعاقد الآخر :**

من الإجراءات التي يتحدث عنها قضاء التحكيم في بعض قراراته ضرورة حرص الدائن على التفاوض مع المدين بغرض التوصل لاتفاق ودي بينهم. ويعتبر قضاء التحكيم غياب هذا الحرص خطأ يوجب مسئولية هذا الدائن.

والتطبيق العملي لهذا الإجراء نجده في القرار الصادر في القضية رقم ٥٩١٠ لسنة ١٩٨٨ [١]. وتتلخص وقائع هذه القضية في أن المشروع البلجيكي X اتفق مع المشروع البلجيكي Y على شراء كمية من الزنك تقدر بحوالى ٥٠٠ طن سوف يعيد بيعها مرة أخرى لمشترى باكستاني.

وعلى أثر تغير ظروف النقل بعد ذلك، تعدل خط سير السفينة التي تحمل الزنك بشكل لا يجعلها تمر بميناء كراش KARACHI المتفق على تسليم البضاعة فيه. ونتيجة لتعديل خط سير السفينة لم يتمكن البائع Y من تسليم كمية الزنك المتفق عليها في ميناء كراش، وبالتالي لم يتمكن المشتري X أيضاً من تسليم الكمية إلى المشتري الباكستاني الذي كان قد اشتراها قبل وصولها. وإثباتاً لحسن نيته تفاوض المشتري X مع المشتري الجديد (الطرف الباكستاني) وأقنعه بإعادة بيع الزنك لصالحه في ميناء دينتريك DUNTIERQUE الذي ستمر منه السفينة.

أشادت هيئة التحكيم بموقف المشتري X الذي حرص على التفاوض مع كل من البائع Y والمشتري الباكستاني، والوصول معهم إلى حل ودي (وهو بيع الزنك ولو بسعر منخفض) حتى لا تزيد مسئولية البائع Y الذي لم ينفذ التزامه بتسلم البضاعة في الميعاد المحدد بسبب عدم اتجاه السفينة إلى ميناء كراش مباشرة.

٣- **قبول تنفيذ العقد ولو بسعر منخفض عن السعر العالمى :**

في بعض الحالات يلزم المحكمون الدائن قبول اقتراح تعديل أحد عناصر العقد من جانب المدين تخفيفاً للضرر الذي سببه هذا الأخير حتى ولو كان من الممكن أن يتم هذا التعديل بشكل أفضل مما تم. وأكثر عناصر العقد الذي يمكن أن يطرأ عليها تعديل في هذا المقام هو الثمن. فإذا اقترح المدين على الدائن تنفيذ التزامه وكان هذا السعر أكبر

---

(١) قرار تحكيم غرفة التجارة الدولية، وارد بالمجموعة الثانية من القرارات، ص ٣٧١ وما بعدها وبصفة خاصة ص ٣٧٤، وانظر تعليق الأستاذ "ديران" (.DERAINS (Y على موقف هذا المشترى، ص ٣٧٧ من نفس المجموعة.

من السعر الوارد في العقد ولكنه أقل من السعر السائد في السوق العالمية، فإن قضاء التحكيم يجبر الدائن على قبول هذا الاقتراح ؛ لأن رفضه يمثل إخلالاً بالالتزام بتخفيف الضرر.

هذا الموقف لقضاء التحكيم يمثله القرار الصادر في القضية رقم ٢٤٧٨ لسنة ١٩٧٤. في هذه القضية عرضت الشركة الرومانية (المدعى عليها) على الشركة الفرنسية (المدعية) أن تسلمها كمية الكربون المتفق عليها ولكن بسعر أكبر من السعر المتفق عليه بينهما، وإن كان أقل من السعر السائد في السوق العالمية للبترول. رفضت الشركة الفرنسية هذا العرض وقدمت طلب تحكيم ضد الشركة الرومانية لعدم تسليم كمية الكربون المتفق عليها.

أكدت هيئة التحكيم أن هناك ضرراً مؤكداً قد لحق بالشركة الفرنسية من جراء عدم تسليمها كميات الكربون، بيد أنها انتقدت موقف هذه الشركة لعدم محاولتها تخفيف الأضرار برفضها العرض المقدم من الشركة الرومانية.

وتقول هيئة التحكيم في ذلك "يظهر من الوقائع أنه منذ اجتماع بوخارست في ..... عرض الطرف المدعى عليه على المدعي أن يورد له، أثناء الجزء الثاني من عام ١٩٧٣، عدد..... طن من الجاز بسعر .... فرنك للطن. ومن الواضح أن هذا الثمن كان أقل من ثمن الجاز في السوق العالمية، وكان يجب على المدعي، حتى ولو لم يكن موافقاً على الارتفاع في الثمن عما هو متفق عليه في العقد، أن يقبل هذا العرض بهدف تخفيف الخسارة التي لحقت به. وقبوله هذا العرض لا ينقصه حقه في اللجوء إلى التحكيم بعد ذلك للتمسك بالسعر التعاقدي" (١).

٤- البحث عن علاقات جديدة :

يعتبر هذا الإجراء هو أكثر الإجراءات شيوعاً فيما يتعلق بعقود البيع وعقود التوريد كما يظهر من قرارات التحكيم. فالدائن ملتزم، وفقاً لهذا الإجراء، أن يدخل في علاقات جديدة مع مشترين أو بائعين جدد لإتمام صفقات معهم حتى يقلل من الخسائر التي أصابته.

(١) قرار تحكيم غرفة التجارة الدولية، وارد بالمجموعة الأولى من القرارات، ص ٢٢٣ وما بعدها، وبصفة خاصة ص ٢٣٤.

ومن القرارات التي تؤكد هذا الاتجاه لقضاء التحكيم، القرار الصادر في القضية رقم ٢٢١٦ لسنة ١٩٧٤. ففي هذه القضية انتقدت هيئة التحكيم موقف المشروع الوطني التابع لإحدى الدول المنتجة للبترول لعدم بحثه عن مشترين آخرين لكميات البترول التي لم تتسلمها الشركة النرويجية حسبما يقضى الاتفاق المبرم بينهما. وأكدت هيئة التحكيم أنه كان يجب على هذا المشروع أن يبذل قصارى جهده لبيع هذا البترول بعد أن فشلت المفاوضات بينه وبين الشركة النرويجية (١).

وقريب من هذا القرار، القراران الصادران في القضيتين رقم ٢١٤٢ لسنة ١٩٧٤، ورقم ٢١٣٩ لسنة ١٩٧٤. فقد أشار المحكمون في هذين القرارين إلى الأهمية والمكانة الدولية التي يحظى بها المشروع الوطني والتي تمكنه من البحث عن مشترين جدد بدلاً من الشركات التي امتنعت عن تسلم المنتجات البترولية خوفاً من التهديد بالحجز على هذه المنتجات الذي ادعته بعض الشركات الأجنبية التي كان لها حق استغلال المناجم التي تستخرج منها هذه المنتجات (٢).

ثانياً: إجراءات تخفيف الضرر في العقود الأخرى:

تتنوع الإجراءات التي يفرضها قضاء التحكيم لتخفيف الضرر في غير عقود البيع بحسب طبيعة العقد. ومن أمثلة القرارات التي يشير إليها قضاء التحكيم في هذا الشأن:

١- تقديم اقتراحات جديدة تسهل تنفيذ العقد :

في عقد موضوعه البحث والتنقيب عن البترول بين الشركة الوطنية الليبية للبترول Noc وشركة Sun-oil ، بحثت هيئة التحكيم موقف شركة Noc والإجراءات التي اتخذتها لتخفيف ما لحقها من ضرر وتقليل مسئولية Sun- oil عن عدم تنفيذ التزامها بالبحث والتنقيب عن البترول في المناطق المحددة في العقد. وتوصلت الهيئة إلى أن هذه الشركة لم تقدم أى اقتراح ولم تتفاوض مع شركة Sun- oil على تقديم طرق جديدة لتنفيذ العقد من جانبها سواء فيما يتعلق بالمعدات اللازمة أو التحليلات المطلوبة للتربة أو غير ذلك. وترتيباً على ذلك أدانت هيئة التحكيم هذا الموقف السلبي من جانب شركة

---

(١) قرار تحكيم غرفة التجارة الدولية، المجموعة الأولى من القرارات،ص ٢٢٤ وما يليها وخاصة ص ٢٢٦.

(٢) قراران صادران عن غرفة التجارة الدولية، المجموعة الأولى من القرارات، وخاصة ص ١٩٤، و ص ٢٣٨٠.

Noc [1] مع احتفاظها بحقها في اللجوء إلى التحكيم بعد ذلك للمطالبة بهذه الزيادة.

٢- محاولة تكملة الإنشاءات في عقود الإنشاء:

تطبيق هذا الإجراء نقابله في قرار التحكيم الصادر في القضية رقم ٤٧٦١ لسنة ١٩٨٧. وتتمثل وقائع هذه القضية في أن الشركة الليبية (المدعى عليها) أبرمت عقداً من الباطن مع شركة أخرى إيطالية لإتمام الأعمال الإنشائية التي سبق وأن اتفقت عليها مع رب عمل ليبي. طالبت الشركة الإيطالية بزيادة في السعر المتفق عليه نتيجة زيادة أسعار الأسمنت والرمل والمواد المستخدمة في الإنشاءات. حددت الشركة الليبية تاريخاً للحصول على هذه الزيادة بعد موافقة رب العمل عليها حسبما يقضي الاتفاق بينهما، ولكنها لم تف بالتزامها تجاه الشركة الإيطالية، مما اضطر الأخيرة لفسخ العقد وسحب عمالها من موقع العمل.

أدانت هيئة التحكيم موقف الشركة الليبية وألزمتها بالتعويض نتيجة ما أصاب الشركة الإيطالية من ضرر، وأشارت الهيئة بعد ذلك إلى الموقف السلبي الذي اتخذته الشركة الإيطالية وأنها لم تحاول تكملة الإنشاءات بالسعر المتفق عليه، مع المطالبة بالزيادة في السعر. فتكملة الإنشاءات ولو بسعر منخفض هو الإجراء الأنسب في نظر هيئة التحكيم لتخفف الشركة الإيطالية من أضرارها وفقاً لنصوص القانون الليبي وقرارات التحكيم التي أشارت إليها الهيئة [2].

٣- البحث عن مصدر تمويل جديد في عقود التمويل المالي:

ويعتبر القرار الصادر في القضية رقم ٥٥١٤ لسنة ١٩٩٠ هو المثال الحي على هذا الإجراء. ففي هذا القرار أكد المحكمون على الدور الإيجابي الذي قام به المشروع الفرنسي في تمويل نفسه مالياً بعد توقف التمويل المالي المخصص له حتى يمكنه تنفيذ التزاماته [3]. فالبحث عن تمويل آخر محل التمويل الذي توقف هو الإجراء الأكثر شيوعاً

---

(١) قرار تحكيم غرفة التجارة الدولية، وارد في،

Rev. arb., 1991, p. 265 et s. surtout p. 280.

(٢) قرار تحكيم غرفة التجارة الدولية. المجموعة الثانية من القرارات، ص ٣٠٢ وما بعدها وبصفة خاصة ص ٣٠٧.

وانظر بصفة عامة في أهمية الالتزام بتخفيف الضرر في عقد الإنشاء الدولي.

LEVEL (P.), Obligation de mininiser les pertes dans la pratique du contrat international de construction, RD. aff. int., 1987, p.385 et s.

(٣) قرار تحكيم غرفة التجارة الدولية، وارد في،

لتخفيف ضرر الدائن في مثل هذا النوع من العقود خاصة إذا تمثلت عقبة التنفيذ في نقص التمويل المالي لتنفيذ الاتفاق.

٤- البحث عن علاقات جديدة في عقود الوكالة التجارية :

يتفق عقد البيع مع عقد التوكيل التجاري في هذا الإجراء. ففي القضية رقم ٢١٠٣ لسنة ١٩٧٢، أكد المحكم الفرد الذي نظر النزاع حق الشركة الفرنسية(A) في الحصول على تعويض عما أصابها من ضرر نتيجة فسخ الشركة الأمريكية (B) العقد المبرم بينهما بشكل متعسف. بيد أن المحكم أشار بعد ذلك إلى موقف الشركة الفرنسية في عدم قيامها بالبحث عن متعاقد آخر لتنفيذ ما سبق و أن التزمت بتنفيذه الشركة الأمريكية لكي تخفف ما أصابه من ضرر. ويقول المحكم في ذلك "ومنذ هذا التاريخ (تاريخ معين حدده المحكم) كان يجب على الشركة (A) أن تقوم بالبحث عن علاقات جديدة بهدف تقليل خسائرها الناتجة من فسخ العقد مع (B) وأن(A) لم تقدم أية إثباتات تفيد قيامها بهذه الإجراءات " (١).

٣٢٩- صفوة القول، أن الإجراءات التي يمكن أن تتخذ لتخفيف الأضرار التي أصابت الدائن تتنوع من عقد لآخر ومن واقعة لأخرى. والإجراءات السابقة التي أشار إليها قضاء التحكيم هى مجرد أمثلة لوقائع عرضت عليه يمكن تصور غيرها سواء بالنسبة لعقود البيع أو للأنواع الأخرى من العقود. ففي عقد البيع يمكن أن يتمثل إجراء تخفيف الضرر في تمديد مدد التسليم، وفي قبول الدائن الوفاء بعملة أخرى غير المنصوص عليها، وقبوله التسليم في مكان آخر غير المتفق عليه، وقبوله التقسيط في حالة وجود نقص في السيولة. وقد يتحقق تخفيف الضرر باتخاذ كل الإجراءات التي تعجل العودة إلى السريان العادي للعقد. فتنفيذ العقد قد يكون أفضل طريق لإنقاص الأضرار التي يتحملها أى متعاقد. وفي عقد التأمين، قد يتمثل هذا الإجراء في إنقاذ الأشياء المؤمن عليها. وفي عقد النقل قد يكون هذا الإجراء هو اقتراح النقل بطريق آخر أو بوسيلة أخرى غير المتفق عليها. وبالجملة يجب على الدائن أن يتخذ كل ما في استطاعته ليخفف من خسائره.

JDI, 1992, p. 1022 et s. surtout p. 1029.

(١) قرار تحكيم غرفة التجارة الدولية، المجموعة الأولى من القرارات، ص ٢٠٤ وما يليها ، وبصفة خاصة، ص ٢٠٥.

المطلب الثاني
تقدير هيئة التحكيم لإجراءات تخفيف الضرر

٣٣٠- تخضع الإجراءات التي يقوم بها الدائن لتخفيف ما لحقه من أضرار لتقدير هيئة التحكيم التي تنظر النزاع. وتقدير المحكمين لهذه الإجراءات يكون دقيقاً في بعض الحالات؛ لأن السلوك الذي يظهر على أنه كافٍ من جانب أحد الأطراف، قد لا يكون كذلك في نظر هيئة التحكيم التي تتمتع بسلطة كبيرة في تقديره. كما أن هذا السلوك يتأثر بظروف كل واقعة على حدة، الأمر الذي يفرض على هيئة التحكيم أن تأخذ في اعتبارها عند التقدير كل الوقائع وسلوك كل متعاقد خاصة الدائن بالالتزام الذي لم ينفذ.

وأياً كانت الطريقة التي تقدر بها هيئة التحكيم سلوك الدائن، فإنها في بعض الحالات ستواجه صعوبة جادة في تقدير الإجراءات التي كان من الواجب أن يتخذها الدائن لتخفيف خسائره، هذا بالإضافة إلى أنها يجب أن تأخذ في اعتبارها الظروف الشخصية لكل متعاقد. وسوف نعالج هذين الموضوعين على التوالي.

٣٣١- أولاً : صعوبة تقدير إجراءات تخفيف الضرر :

قد تعزو الصعوبة التي يواجهها المحكمون في تقدير سلوك الدائن تجاه ما لحقه من أضرار إلى طبيعة العقد ذاتها. ففي عقود نقل التكنولوجيا، من المتصور أن تكون هناك صعوبات تواجه المشتري في تسلم هذه التكنولوجيا. ومن أمثلة ذلك وجود قرارات إدارية تمنع استيراد هذه التكنولوجيا، أو فرض جمارك باهظة تجعل استيرادها غير مفيد في مقابل التكنولوجيا الوطنية. فهل يعقل أن يطلب من الدائن (المورد) أن يحتفظ بها لحين زوال هذه العوائق التي لا يُعلم جيداً متى تزول؟ هذا بالإضافة إلى أن هذه التكنولوجيا قد تسلم في فترات معينة تكون لها أهمية كبيرة فيها، بحيث يصبح تسليمها في غير هذه الأوقات غير مفيد للمشتري. ولا يمكن أن نطلب منه أن يبحث عن مشترين آخرين حتى يخفف الضرر الذي أصابه خاصة إذا كانت هذه التكنولوجيا مصممة لخدمة أغراض معينة ولمشتري معين بذاته ولا يمكن أن تباع لغيره نظراً لسريتها مثلاً.

وفي الفرض العكسي الذي يواجه فيه المورد صعوبات في توريد هذه التكنولوجيا، فهل

يطلب من المشتري أن يبحث عن هذه التكنولوجيا لدى مورد آخر؟. قد يكون هذا ممكناً لو أنها لم تكن تكنولوجيا متطورة إلى درجة كبيرة أو لا تحوطها السرية نظراً لطبيعتها أو طبيعة المواد المستخدمة فيها. والغالب في مثل هذه الحالات، أن مشتري هذه التكنولوجيا يرغب دائماً في شراء تكنولوجيا متقدمة من شركات بعينها ضماناً لجودتها ولكونها تشبع حاجاته تجاهها، كما أنه في الغالب ما يلابس هذه العمليات قدر كبير من السرية نظراً لخطورتها الإستراتيجية سواء من الناحية العسكرية أو السياسية. وكل هذا يتعارض مع فكرة البحث عن مورد آخر.

ولذا فإن تقدير سلوك أى متعاقد تجاه الآخر في مثل هذه العقود سوف يحوطه بالتأكيد قدر من الصعوبة، وإن كان في النهاية يرجع إلى السلطة المطلقة لهيئة التحكيم.

٣٣٢- ثانياً: الأخذ في الاعتبار الظروف الشخصية للدائن عند التقدير:

إذا كان تقدير الإجراءات التي تتخذ لتخفيف الضرر يخضع للسلطة التقديرية لهيئة التحكيم، فإن الظروف الشخصية للدائن متخذ هذه الإجراءات تعد أهم العناصر التي يعتمد عليها قضاء التحكيم في تقديرها. فالمكانة العالمية التي يمثلها المشروع الدائن وقدرته المالية تسمحان له باتخاذ كثير من الإجراءات التي لا يمكن لمشروع آخر أن يتخذها في ظروف مختلفة.

وترتيباً على ذلك يربط قضاء التحكيم ظروف الواقعة بهذه الاعتبارات الشخصية للدائن حتى يصل في النهاية إلى تحديد الإجراءات التي كانت متاحة أمام هذا الدائن لتخفيف ما أصابه من أضرار.

ومن تطبيقات ذلك، قرار التحكيم الصادر في القضية رقم ٢١٣٩، والقرار الصادر في القضية رقم ٢١٤٢ لسنة ١٩٧٤. ففي هاتين القضيتين لم يوافق المحكمون على تعويض البائع عن كل الأضرار التي حاقت به، ورأوا أن يتحمل جزءاً منها على أساس أنه كان عليه أن يعمل على تخفيف الأضرار التي نزلت به. وأشار المحكمون إلى المكانة الدولية التي يحظى بها هذا المشروع الوطني باعتباره أحد مؤسسات الدولة التي تتمتع بنفوذ يسمح له بالاتصال بالمشروعات الأخرى وأن يجد مشترين آخرين لكميات البترول التي

لم تتسلمها المشروعات المشترية [1].

ونجد تطبيقاً آخر لهذه الفكرة في القرار الصادر في القضية رقم ٢٢١٦ لسنة ١٩٧٤. ففي هذا القرار أيضاً أخذت هيئة التحكيم في اعتبارها، عند تقييم التصرفات التي قام بها الدائن، المكانة والأهمية التي يتمتع بها المشروع الوطني البائع. و قضت استناداً إلى ذلك بأن هذا المشروع كان من الواجب عليه أن يجد حلاً عادلاً في نهاية شهر معين حددته الهيئة [2].

٣٣٣- ثالثاً: التناقض في تقدير هيئات التحكيم لإجراءات تخفيف الضرر:

تعكس دراسة قرارات التحكيم الصادرة في مجال تخفيف الضرر بعض المتناقضات في تقدير هيئات التحكيم للإجراءات التي يقوم بها الدائن. ويتأتى هذا التناقض - في رأينا - من الصعوبة التي يواجهها المحكمون في تقدير هذه الإجراءات في بعض العقود.

ومن أمثلة هذا التناقض ما حدث في القضية رقم ٧١٧٩ لسنة ١٩٩٢. وتتمثل وقائع هذه القضية في أن المشترى البلغاري لم ينفذ التزامه بتسلم البضاعة، كما أنه لم يقم بفتح الاعتماد المستندي المتفق عليه لصالح البائع الأسترالي. وقد احتج لتخلصه من المسئولية بوجود قرار صادر من الحكومة البلغارية بتأجيل سداد الديون الخارجية المستحقة على المشروعات التابعة لهذه الدولة بسبب اشتداد الأزمة الاقتصادية في بلغاريا. ولم يفعل البائع تجاه رفض المشترى البلغاري تسلم البضاعة سوى أن قام بالحفاظ على البضاعة المبيعة. ومع ذلك قدر المحكم الفرد الذي نظر النزاع أن البائع قد قام بكل ما في وسعه لتخفيف ما أصابه من ضرر، وبهذا لا يكون قد خالف الالتزام بتخفيف الضرر ويستحق بذلك مبلغ التعويض كاملاً.

هذا التقدير من جانب المحكم في هذه القضية يتعارض مع تقدير المحكمين لموقف البائعين في قضايا أخرى. فقد أشار المحكمون في هذه القضايا إلى واجب البائع في مثل هذه الظروف في البحث عن مشترين آخرين لبيع هذه المنتجات لهم، وليس فقط الحفاظ على البضاعة المبيعة. وانتهى المحكمون في هذه القضايا إلى أن البائع الذي لم يقم بهذا البحث يعد مخالفاً لالتزامه بتخفيف الضرر الذي حل به، وتجازيه المحكمة على هذه

(١) قراران صادران من غرفة التجارة الدولية، المجموعة الأولى من القرارات، وخاصة ص ١٩٤، ٢٣٨.

(٢) قرار تحكيم غرفة التجارة الدولية،المجموعة الأولى من القرارات، ص ٢٢٤.

المخالفة بتخفيض قدر التعويض المستحق له [1].

ففي قضية الشركة الوطنية الليبية للبترول Noc ضد شركة Sun-oil، سالفة الذكر، احتجت الشركة الأمريكية Sun-oil تبريراً لعدم تنفيذها التزامها بالبحث والتنقيب عن البترول في المناطق المحددة في العقد بسببين : الأول هو صعوبة نقل العمال الأمريكان إلى ليبيا نظراً للقرارات الصادرة من الحكومة الأمريكية في ١١ ديسمبر ١٩٨٨ والتي تمنع منح هؤلاء العمال تأشيرات سفر إلى ليبيا. أما السبب الثاني فيتمثل في أن أعمال البحث والتنقيب تحتاج لتحليلات معقدة في معامل الشركة في مدينة تكساس، ولا يمكن الاتصال بهذه المعامل بسبب قرارات حظر التعامل مع ليبيا الصادرة من الحكومة الأمريكية.

لم تعتبر هيئة التحكيم أن هذه الصعوبات تشكل استحالة مطلقة في التنفيذ وألزمت شركة Sun-oil بالتعويض. وعند تقديرها لمبلغ التعويض، قدرت الهيئة أن الشركة الليبية لا تستحق مبلغ التعويض كاملاً بسبب عدم قيامها بالإجراءات الضرورية والكافية لتخفيف ما أصابها من ضرر.

والمتأمل لوقائع القضية يجد أنه إذا كان من الصحيح أن شركة Noc لم تقدم طلباً إيجابياً بأى اقتراح مع شركة Sun-oil ، إلا أنه من ناحية أخرى لم يكن من المفيد أن تقدم هذه الشركة أى اقتراح من جانبها، فنصوص العقد تمنح Sun-oil الحق في اختيار المعامل التي تجرى فيها هذه الأبحاث، وتعطيها الحق أيضاً في أن تستعين بعمال من الباطن، أو بمهندسين أو استشاريين أو أى شخص فني آخر، وهذا ما تمسكت به شركة Noc أثناء نظر الدعوى.

ومع ذلك فقد قدرت هيئة التحكيم أنه حتى مع وجود هذه النصوص، كان يجب على شركة Noc أن تتقدم بأى اقتراح من جانبها حتى ولو كان يتعلق بما تقضي به نصوص العقد وحتى ولو تم رفضه من جانب الشركة الأمريكية.

---

(١) انظر على سبيل المثال، القرار الصادر في القضية رقم ٢٢١٦، ٢١٣٩، ٢١٤٢، وكلها صادرة عام ١٩٧٤ ومشار إليها في المجموعة الأولى من القرارات، ص ٢٢٤، ١٩٤، ٢٣٧.

المبحث الثاني
أثر مخالفة الالتزام بتخفيف الضرر

٢٣٤- تؤكد قرارات التحكيم أن الالتزام بتخفيف الضرر يلعب دوراً هاماً في تقييم الضرر من جانب المحكمين. ويعتبر تنفيذ الدائن أو عدم تنفيذه لهذا الالتزام أحد العناصر الهامة التي يأخذها المحكمون بعين الاعتبار في تحديد قيمة التعويض المستحق له.

وتثور بخصوص هذا الجزاء مسألتان هامتان يفرضان نفسيهما على بساط البحث : تتعلق الأولى بإثبات خطأ المدين، وتخص الثانية إنقاص مبلغ التعويض المستحق له كجزاء لعدم قيامه بالإجراءات الضرورية لتخفيف الضرر.

وسوف نعالج هاتين المسألتين تباعاً.

المطلب الأول
إثبات خطأ الدائن

٣٣٥- قد تقدر هيئة التحكيم أن الإجراءات التي يتخذها الدائن لتخفيف ما أصابه من أضرار غير كافية أو أنه لم يقم بهذه الإجراءات أصلاً. والأصل أن إثبات هذا الادعاء يقع على عاتق المدين فهو صاحب المصلحة في الادعاء بأن الدائن لم يقم بواجبه لتخفيف أضراره. بيد أن قرارات التحكيم تكشف لنا عن متناقضات في هذا الصدد، هذا بالإضافة إلى أن قرارات التحكيم لا ترى في تأخير الدائن في البحث عن مشتر أو بائع آخر خطأً من جانبه ما دام أن هناك سبباً مشروعاً يبرره.

وسوف نهتم في هذا المطلب بالإجابة على السؤالين الآتيين: على من يقع عبء الإثبات ؟ وما هو التأخير المشروع في نظر محكمي التجارة الدولية ؟

٣٣٦- أولاً : عبء الإثبات :

من المبادئ الرئيسية في قانون الإثبات أن البينة على المدعى؛ أي أن عبء الإثبات يقع على عاتق المدعى. فما دام هو الذي يدعى تغيراً في الأوضاع القانونية القائمة، فهو الذي يقع عليه إثبات هذا التغير [١]. وتنص على هذه القاعدة المادة الأولى من قانون الإثبات؛ إذ يجري نصها كالتالي "على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه" [٢]. وتتواتر أحكام محكمة النقض على تأكيد هذه القاعدة أيضاً [٣].

ويُقصد بالمدعي كل شخص يدعي شيئاً خلاف الأصل أو الوضع العادي للأمور، سواء كان هذا الشخص مدعياً أصلاً في الدعوى أو مدعى عليه فيها [٤].

ويطبق قضاء التحكيم هذا الأصل في عدد من قراراته، إلا أنه في قرارات أخرى يقلب

---

(١) انظر في ذلك، د. محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة، ١٩٩٦- ١٩٩٧، بند ٤٧، ص ٦٢.

(٢) انظر المادة الأولى من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨، وارد في الجريدة الرسمية العدد ٢٢ بتاريخ ٣٠ مايو ١٩٦٨.

(٣) انظر على سبيل المثال، نقض مدني، جلسة ١٩٧١/١١/١٠، الطعن رقم ١٤٨ لسنة ....، مجموعة أحكام المكتب الفني، السنة ٢٢، ص٨٩.

(٤) المرجع السابق. نفس الموضع. وقريب من هذا المعنى، د. عاشور مبروك. الوسيط في قانون القضاء المصري،،=

عبء الإثبات فيضعه على عاتق الدائن.

ومن القرارات التي يضع فيها قضاء التحكيم عبء إثبات عدم قيام الدائن بتخفيف الأضرار التي يتحملها، على عاتق المدين، القرار الصادر في القضية رقم ٧١٧٩ لسنة ١٩٩٢. ففي هذه القضية قام البائع بإجراءات المحافظة على البضاعة التي لم يتسلمها المشترى بسبب القرارات الإدارية الصادرة من حكومة دولته. ومع ذلك ادعى المشتري أمام هيئة التحكيم أن البائع لم يقم بالإجراءات الضرورية لتخفيف أضراره دون أن يقيم الدليل على ذلك. رفضت هيئة التحكيم هذا الادعاء استناداً إلى أن المشتري لم يقدم أى دليل يؤيد ادعاءه بأن البائع قد خالف التزامه بتخفيف ما أصابه من ضرر [1].

وفي القرار الصادر في القضية رقم ٢٤٧٨ لسنة ١٩٧٤ أثبت المدين خطأ الدائن بعدم قبوله العرض المقدم منه بتنفيذ التزامه بسعر أكبر من السعر التعاقدي ولكنه أقل في نفس الوقت من الأسعار على مستوى الأسواق العالمية. وقد أشار المحكمون إلى واجب المدعى عليه (المدين) في هذا الإثبات [2].

وتطبيقاً للقواعد العامة في الإثبات يجوز للدائن في هذه الحالة إثبات عكس ما يدعيه المدين حتى يستحق مبلغ التعويض كاملاً غير منقوص.

ومع ذلك، قد يضع قضاء التحكيم، في بعض الحالات، عبء الإثبات على عاتق الدائن نفسه لا على عاتق المدين. ففي بعض القرارات الزم المحكمون الدائن، عند تقديمه طلب التعويض أن يثبت أنه قد اتخذ كل الإجراءات المفيدة لتخفيف نطاق الضرر الواقع عليه. ففي هذه القرارات يفترض المحكمون على عكس الحالة السابقة، أن هناك قرينة على عدم قيام الدائن بهذه الإجراءات. ويقع عليه عبء إثبات قيامه بها. بيد أن هذه القرينة قرينة بسيطة يجوز للدائن إثبات عكسها بأن يثبت أنه قد قام بهذه الإجراءات، ويستحق بذلك مبلغ التعويض كاملاً.

ومثال لهذه الحالة القرار الصادر في القضية رقم ٣٣٤٤ لسنة ١٩٨١، سالفة الذكر.

=الكتاب الثاني، إجراءات الحصول على الحماية القضائية، الطبعة الأولى، مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة، ١٩٩٧، بند ٦٧٨، ص ٨٤.

(١) قرار غرفة التجارة الدولية، وارد في،

JDI, 1993, p. 1028 et s.

(٢) قرار تحكيم غرفة التجارة الدولية، وارد في المجموعة الأولى من القرارات، ص ٢٣٣.

ففي هذه القضية أكدت هيئة التحكيم أنه على المشروع Y أن يثبت أنه قد قام بالإجراءات الضرورية لتخفيف أضراره [1]. ومثال لذلك أيضاً القرار الصادر في القضية رقم ٢١٠٣ لسنة ١٩٧٢ حيث أشار المحكم إلى واجب الشركة الفرنسية (A) في أن تقيم الدليل على أنها قد حاولت إبرام عقود جديدة مع متعاقدين آخرين لتقليل الخسائر التي أصابتها [2].

ويرى بعض الفقه أن قلب عبء الإثبات في هذا الصدد أصبح عادة لدى المحكمين في التجارة الدولية. فالدائن هو الملزم بإثبات أنه قام بكل ما في وسعه لتخفيف ما لحقه من ضرر [3]

٣٣٧- ثانياً : التأخير المشروع في اتخاذ إجراءات تخفيف الضرر :

يقصد بالتأخير المشروع المدة التي يبقاها الدائن بالالتزام قبل شروعه في اتخاذ الإجراءات التي تخفف أضراره دون أن يعتبر مخالفاً لهذا الالتزام. ولا يسأل المحكمون الدائن عن سكوته في هذه الفترة، بل يرون أنه من الطبيعي والمنطقي منح الدائن هذه الفترة. فالأصل أن يمهل الدائن المدين فترة من الوقت لعله يستطيع تنفيذ التزامه أو يرتب أوضاعه مع آخرين بشكل يمكنه من تنفيذ هذا الالتزام. في هذه الفترة لا يمكن أن ننسب إلى الدائن إهمالاً لأن تأخيره في البحث عن مشترين أو بائعين جدد، أو تأخيره في تقديم اقتراحات جديدة للمتعاقد الآخر يعد تأخيراً مشروعاً مسموحاً به في قضاء التحكيم.

وتطبيق فكرة التأخير المشروع نراه ممثلاً في القرار الصادر في القضية رقم ٥٥١٤ لسنة ١٩٩٠. فقد رأت هيئة التحكيم أنه لا لوم على المشروع الوطني في أن يتوقع من المتعاقد الآخر أنه سوف يقوم بتنفيذ التزامه، وأن ينتظر فترة لحين تحديد موقف هذا المتعاقد الآخر في هذا الصدد [4]. وفي القضية رقم ٦٨٤٠ لسنة ١٩٩١ أكد المحكم أن

---

(١) قرار تحكيم غرفة التجارة الدولية، وارد في المجموعة الأولى من القرارات، ص ٤٣٢، وما بعدها

(٢) قرار تحكيم غرفة التجارة الدولية، المجموعة الأولى من القرارات، ص ٢٠٤.

(٣) انظر في ذلك،
LOQUIN (E.), La réalité des usages du commerce international., op. cit., p. 177.

(٤) قرار تحكيم غرفة التجارة الدولية، وارد في،
JDI, 1992, p. 1022 et s.
وانظر أيضاً ملحوظات الأستاذ "ديران" DERAINS (Y.) عليه، ص ١٠٢٩.

البائع المصري لم يخالف التزامه بتخفيف الضرر عندما تأخر في البحث عن مشترٍ آخر لبيع المنتجات محل العقد. واستند المحكم في تبريره هذا التأخير من جانب البائع بأنه كان ينتظر حلاً ودياً مع المشتري، وخاصة أن هذا المشتري هو الذي طلب تمديد مدد التسليم (١).

ونفس الأمر نقابله في قرار التحكيم الصادر في القضية رقم ٢١٠٣ لسنة ١٩٧٢. فالمحكم الفرد الذي نظر النزاع لم ينتقد موقف الشركة الفرنسية (A) في أنها انتظرت فترة توقعت فيها إمكانية متابعة العلاقات مع المتعاقد الآخر (B)، وعبر المحكم عن ذلك بقوله: " إذا كان من المشروع ومن الطبيعي Légitime et normal ألا تبحث الشركة (A) أثناء هذه المدة عن مشترين آخرين تقيم معهم علاقات جديدة شبيهة بالعلاقات التي كانت لها مع الشركة (B) ". ثم في موضع آخر ينتقد المحكم موقف الشركة (A) التي ظلت على موقفها السلبي بعد هذه الفترة (٢).

خلاصة الأمر أن المحكمين في التجارة الدولية يسمحون بتأخر الدائن فترة من الوقت قبل أن يبدأ في الإجراءات المفيدة لتخفيف خسائره، ويرون أنه من الطبيعي أن ينتظر الدائن هذه الفترة. وتبدأ مسئولية هذا الدائن تجاه هذا الموقف السلبي بعد مرور هذه الفترة. والجدير بالذكر أن تقدير هذا الوقت الذي يكون فيه التأخير مشروعاً متروك لتقدير المحكمين.

---

(١) قرار تحكيم غرفة التجارة الدولية، وارد في، JDI, 1992, p. 1030 et s.

وانظر أيضاً ملحوظات الأستاذ " ديران " عليه، ص ١٠٣٦.

(٢) قرار تحكيم غرفة التجارة الدولية، المجموعة الأولى من القرارات، ص ٢٠٤. خاصة ص ٢٠٥. وفي نفس الاتجاه أيضاً القرار الصادر في القضية رقم ٢٢١٦ لسنة ١٩٧٤، المجموعة الأولى من القرارات. ص ٢٢٤ وما بعدها، خاصة ص ٢٢٦-٢٢٧.

المطلب الثاني
التعويض كجزاء لعدم تنفيذ الالتزام بتخفيف الضرر

٢٣٨- في الحالات التي يتوصل فيها المحكمون إلى وجود مخالفة للالتزام بتخفيف الضرر، فإن الجزاء الذي يترتب هو تعويض المدين عن إهمال الدائن. وفي الغالب يقوم المحكمون بمقاصة بين قيمة التعويض المستحق للدائن نتيجة عدم تنفيذ المدين لالتزامه، وبين قيمة التعويض المستحق لهذا المدين نتيجة عدم قيام الدائن ببذل الجهد المعقول لتخفيف الأضرار التي سببها عدم التنفيذ. وبمعنى آخر يقوم المحكمون بإنقاص قيمة التعويض المستحق للدائن من مدينه. فلا يعوض إلا عن جزء الضرر الذي لم يتمكن من تخفيفه مع أنه بذل المجهودات المطلوبة لهذا التخفيف. أما إذا لم يتمكن الدائن من القيام بهذا الالتزام، فإنه يستحق التعويض كاملاً.

وسوف نعالج في هذا المطلب إنقاص قيمة التعويض كجزاء لعدم القيام بالمجهودات الكافية لتخفيف الضرر، ونبين الجزاء في حالة عدم قيام الدائن بهذه المجهودات لسبب يرجع إلى المدين.

٣٣٩- أولاً : إنقاص قيمة التعويض المستحق للدائن :

يتفق الفقه [١] وتتواتر قرارات التحكيم على عدم استحقاق الدائن تعويضاً إلا عن الأضرار التي حاول تخفيفها ولكنه لم ينجح في ذلك. فالمجهودات التي كان من المفروض على الدائن أن يتخذها تؤخذ في الاعتبار عند تحديد قيمة التعويض المستحق له.

هذا الجزاء قد يتفق عليه الأطراف في العقد. كالشرط الذي ينص على أنه "في حالة القوة القاهرة يلتزم الطرفان بأن يقوما بكل الإجراءات الضرورية لتنفيذ العقد وتخفيف الخسارة التي قد تنتج. والطرف الذي يخفق في ذلك يمكن مطالبته بالتعويض والفوائد" [٢].

---

(١) انظر على سبيل المثال،

DERAINS (Y.), L'obigation de minimiser des pertes., op. cit., n° 12, p. 380 ; LOQUIN (E.), op. cit., p. 177 ; FONTAINE (M.), Op. cit., p. 228 ; KAHN (Ph.), Les principes généraux du droit., op. cit., p. 322 ; LE ROY (D.), Op. cit., p. 729.

(٢) مشار إليه في. FONTAINE (M.), Op. cit., p. 228.

ومن قرارات التحكيم التي يعوض فيها المحكمون الدائن مع مراعاة ما بذله من جهد لتخفيف خسائره، القراران الصادران في القضيتين رقم ٢١٣٩، و٢١٤٢ لسنة ١٩٧٤. فقد أشار المحكمون في هاتين القضيتين إلى أن البائع مطالب ببذل جهد معقول لتخفيف الأضرار التي أصابته، فإن قصر في ذلك فيتحمل جزءاً من المسئولية عن الضرر الذي أصابه ويتحمل المشترى التعويض عن الجزء الذي لم يستطع الدائن تفاديه [1]. ونفس الأمر في القرار الصادر في القضية رقم ٢١٠٣ لسنة ١٩٧٢: إذ أنقص المحكم قيمة التعويض المستحق للشركة الفرنسية نتيجة عدم قيامها بالبحث عن مشترين آخرين لتخفيف الضرر الواقع عليها.

٣٤٠- ثانياً : عدم القيام بإجراءات تخفيض الضرر بسبب يرجع إلى المدين :

والتساؤل الذي يفرض نفسه في هذا المقام هو : ماذا عساه أن يكون الجزاء إذا لم يتمكن الدائن من تخفيف الأضرار بسبب يرجع إلى المدين، أو إذا منعه المدين من القيام بالإجراءات اللازمة لهذا التخفيف؟

والإجابة على هذا التساؤل نجدها في قرار التحكيم الصادر في هولندا عام ١٩٨١. وتعلق النزاع بفسخ خاطئ لعقد وكالة. وقد أكد المحكمون أن فسخ العقد بهذا الشكل يعطي الحق للوكيل في التعويض عن الأضرار التي أصابته نتيجة هذا الفسخ. وأشار المحكمون بعد ذلك إلى أن الوكيل كان يمكنه تخفيف الأضرار التي أصابته من جراء عدم تنفيذ العقد الأصلي لو كان الموكل قد أنذره قبل فسخ عقد الوكالة، ولكنه لم يفعل. وقدر المحكمون في هذه القضية أن الوكيل يستحق تعويضاً إضافياً عن السلوك الخاطئ من جانب الموكل، وهو فسخ العقد دون إنذار، هذا بالإضافة إلى حقه في التعويض عن عدم تنفيذ العقد الأصلي [2].

---

(١) قراران صادران عن غرفة التجارة الدولية، المجموعة الأولى من القرارات، ص ٢٣٧ ، ١٩٤.

(٢) هذه القضية مشار إليها في،

Yearbook Commercial Arbitration, 1983, p. 89.

ومشار إليها أيضاً في،

DERAINS (Y.), Op. cit., n° 12, p. 381.

٣٤١- ثالثاً : رد النفقات التي يتكبدها الدائن في سبيل تخفيف الضرر :

في الحالات التي يقدر فيها المحكمون أن الدائن قد قام بالإجراءات الضرورية لتخفيف الأضرار التي لحقت به، فإنهم يقضون برد المبالغ والنفقات التي أنفقها الدائن في سبيل تخفيف ما أصابه من ضرر. فبالإضافة إلى حصول الدائن على حقه في التعويض كاملاً غير منقوص، فإن المحكمين يلزمون المدين برد ما أنفقه الدائن في سبيل تخفيف الضرر.

ومما تجدر الإشارة إليه أنه في حالة ما إذا تكبد الدائن مصروفات بهدف الحفاظ على البضائع التي لم تسلم، فإن قيمة المبالغ التي ترد له يجب ألا تتعدى قيمة البضائع المعادة إلى المدين أو التي تم بيعها لشخص آخر. وهذا الحكم يقتضيه المنطق والعدالة، فليس من المعقول أو من العدل أن نلزم المدين برد مبالغ أو مصروفات تفوق قيمه البضاعة التي أنفقت عليها هذه المصروفات.

ورد المصروفات وكل ما يتكبده الدائن تنفيذاً لالتزامه بتخفيف ما أصابه من ضرر، يجد تطبيقه في بعض قرارات التحكيم التجاري الدولي. ومن أمثله هذه القرارات، ذلك الصادر في القضية رقم ٥٩١٠ لسنة ١٩٨٨ سالفة الذكر. فقد أشار المحكمون في هذه القضية إلى أن المشترى X قد طلب من البائع Y ببيع كمية الزنك، المتفق على تسليمها، في ميناء غير الميناء المتفق على تسليمها فيه، وذلك بغرض تخفيف الأضرار التي أصابته من جراء على تسليم الزنك. وأخذ المحكمون في اعتبارهم عند تقدير التعويض المستحق له كافة المصروفات والنفقات التي تكبدها المشتري في سبيل تخفيف ما تحمل من ضرر[1].

وتطبيق آخر لهذه الفكرة نجده في القرار الصادر في القضية ٦٨٤٠ لسنة ١٩٩١. فقد أكد المحكم الفرد الذي نظر القضية أن البائع المصري قد قام بالمجهودات الكافية لتخفيف الضرر الواقع عليه من عدم تسلم المشترى كمية الملابس المتفق عليها، وأكد المحكم أن النفقات التي تكبدها البائع المصري في بحثه عن مشتر آخر يجب ردها إليه مع تعويضه عن الخسائر التي أصابته[2].

---

(١) قرار تحكيم غرفة التجارة الدولية، وارد بالمجموعة الثانية من القرارات، ص ٣٧٠ وما يليها، وبصفة خاصة ص ٣٧٤

(٢) قرار تحكيم غرفة التجارة الدولية، وارد في،
JDI, 1992, p. 1031 et s, surtout p. 1034.

الخاتـــمة

في نهاية بحثنا لموضوع تغير الظروف في عقود التجارة الدولية والحلول التي تواجه هذا التغير في التشريعات الوطنية وفي واقع عقود التجارة الدولية وشروطها العامة والنموذجية، نخلص إلى عدة نتائج ومقترحات من الأفضل - في تقديرنا - أن يراعيها المتعاملون في التجارة

الدولية عند إعداد الشروط التي تواجه تغير الظروف المحيطة بتنفيذ عقد التجارة الدولية.

٤٣٢- أولاً : أهم نتائج البحث :

(١) - تتميز القوة القاهرة في مجال عقود التجارة الدولية بأن لها مفهومين :

الأول، هو المفهوم العام الذي استمدته من القانون الروماني الذي يصورها على أنها حدث مستقل عن إرادة الأطراف، غير متوقع ولا يمكن دفعه، يؤدي إلى استحالة مطلقة في التنفيذ. ويترتب على وقوع هذا الحدث، فسخ العقد بقوة القانون وانتفاء مسئولية المدين. أما المفهوم الثاني فهو مفهوم ولد في كنف التجارة الدولية وخاصة الشروط التعاقدية التي تدرج في عقود التجارة الدولية، وهو مفهوم أكثر مرونة من المفهوم الأول، ويطلق عليه "المفهوم الحديث للقوة القاهرة" أو "القوة القاهرة الحديثة". وتظهر المرونة في هذا المفهوم في ناحيتين : شروط التطبيق والآثار القانونية التي يرتبها وقوعه الحدث.

فمن ناحية شروط التطبيق، نجد أن هناك تخفيفاً في الشدة التي يتطلبها المفهوم القديم في تقدير هذه الشروط. فعلى العكس من المفهوم القديم، لا يتطلب المفهوم الحديث أن يكون الحدث مستحيلاً في توقعه، بل يكتفي ألا تكون هناك أسباب معقولة تجعل وقوعه محتملاً. ولا يتطلب المفهوم الحديث أن تكون هنا استحالة مطلقة في دفع الحادث، وإنما يكتفي بألا يستطيع المدين تجنب وقوع الحدث وتحاشى نتائجه الضارة مع أنه قد بذل الجهود المعقولة التي في مكنته والتي تتمشى مع حجم مشروعه وقدرته أي أن يكون الحادث خارجاً عن السيطرة المعقولة للمدين.

أما من ناحية الآثار التي يرتبها الحدث، فلم تعد القوة القاهرة تؤدى إلى فسخ العقد بقوة القانون وانتفاء مسئولية المدين. وإنما أصبح لها أثر واقف يؤدى إلى وقف تنفيذ العقد فترة من الزمن، بعدها يتقابل الأطراف من جديد لإعادة التفاوض في العقد بهدف

تعديل أحكامه بشكل يمكن الأطراف من تنفيذ التزاماتهما والاستمرار في تنفيذ العقد وإنقاذه من الزوال. وتفرض على المدين أيضاً التزاماً جديداً يتمثل في إخطار الدائن بوقوع الحدث ونتائجه الحالة والمحتملة وبكل ما من شأنه عرقلة السير الطبيعي لتنفيذ العقد. وتلزم الدائن في المقابل بأن يبذل قصارى جهده لتخفيف الضرر الواقع عليه في الفروض التي يظهر فيها المدين مقصراً حتى لا تتفاقم مسئولية هذا الأخير.

(٢) - يعزى التوسع في مفهوم القوة القاهرة في عقود التجارة الدولية إلى إرادة طرفي العقد. فعادة ما يتفق الأطراف على تبني هذا المفهوم الموسع. ولهذا يطلق على القوة القاهرة وفقاً لهذا المفهوم "القوة القاهرة الاتفاقية مقارنة بالقوة القاهرة القانونية وفقاً لمفهومها الأول، أو المفهوم الاتفاقى للقوة القاهرة مقارنة بالمفهوم القانونى. فرغبة الأطراف في تجنب النتائج المتشددة التي يرتبها المفهوم التقليدى لها، وخاصة فيما يتعلق بانفساخ العقد وإنهاء العلاقة التعاقدية، دفعتهم إلى تبني مفهوم خاص بهم يبتعد عن هذا التشدد ويضفي جانباً من المرونة على شروط تطبيق ونتائج الفكرة.

فهناك أسباب عديدة أملت على إرادة الأطراف في عقود التجارة الدولية تبنى هذا المفهوم الموسع للقوة القاهرة. فقد يعزو هذا التوسع إلى التدخل المتزايد للدولة، سواء المباشر أو غير المباشر، وما صاحب هذا التدخل من مشكلات خاصة عجز المفهوم القانونى للفكرة أن يجد لها حلاً. وقد يرجع هذا التوسع أيضاً إلى الطبيعة الخاصة لهذا العقود، سواء لأهميتها القصوى لأطراف العقد وللدول التابعين لها. الأمر الذي جعل الأطراف يحرصون دائماً على إبقاء العقد والاستمرار فيه بدلاً من التوسع في حالات فسخه وانهيار العلاقة بينهما. وقد يعزو التوسع في مفهوم القوة القاهرة أخيراً إلى تدخل الشركات متعددة الجنسيات، في الغالب، كأطراف في العقد إلى إضفاء طابع خاص على شروط تطبيق النظرية مثل عدم التوقع واستحالة الدفع. فكل هذه المعطيات الجديدة والمفاهيم المختلفة ساهمت في خلق هذا المفهوم الحديث للفكرة.

ويتخذ التوسع في مفهوم القوة القاهرة في عقود التجارة الدولية أكثر من شكل. فقد يتم التوسع باستبعاد أحد الشروط التي يتطلبها المفهوم التقليدي للفكرة، كعدم التوقع، واستحالة الدفع، واستقلال الحدث عن إرادة المدين. و يتم هذا التوسع في الغالب عن طريق التخفيف من شدة المعايير التي يتطلبها المفهوم التقليدى لقياس شروط تطبيق النظرية. ويحدث هذا التخفيف أياً كانت الطريقة التي يعرف بها الأفراد القوة القاهرة:

إى سواء أكان تعريفاً عاماً مجرداً أو تعريفاً بذكر أمثلة أو تعريفاً مختلطاً.

(٣) - شرط إعادة التفاوض أو الـ Hardship هو شرط يدرجه الأطراف في عقود التجارة الدولية، وهو من أهم الشروط التي تميز هذه العقود عن العقود الداخلية. ومضمون الشرط هو أن يتفق الأطراف على إعادة التفاوض في العقد إذا وقعت أحداث من طبيعة معينة، يحددونها، تؤدى إلى اختلال توازن العقد بشكل كبير بحيث ينتج عنه ضرر فادح لأحد المتعاقدين. فالهدف الأساسى للشرط هو تعديل أحكام العقد حتى تتمشى مع الظرف الجديدة وبشكل يحافظ على التوازن الأساسى له ويرفع الضرر عن المدين.

(٤) - إن الحلول المستمدة من واقع عقود التجارة الدولية بشأن شرط إعادة التفاوض Hardship تشير بوضوح إلى أن الحدود القائمة بين مرحلة تكوين العقد ومرحلة تنفيذه قد سقطت. فالتفاوض في العقد عند تكوينه يتبعه تفاوض جديد أثناء تنفيذه إذا اصطدم هذا التنفيذ بعائق يجعل تنفيذ العقد مستحيلاً أو ضاراً بالمدين.

(٥) - إن مقارنة شرط إعادة التفاوض بنظرية القوة القاهرة في مجال عقود التجارة الدولية يكشف لنا عن أن العلاقة بينهما تبتعد أو تقترب حسب مفهوم القوة القاهرة. فإذا تبنى الأطراف القوة القاهرة بمفهومها التقليدي، أو طبقها المحكم من تلقاء نفسه في حالة عدم اختيار الأطراف لها، فإن الهوة بىن هذه النظرية وبين شرط إعادة التفاوض تتسع. فالحدث المكون للقوة القاهرة بمفهومها التقليدى يجب أن يؤدى إلى استحالة مطلقة في التنفيذ، بينما يكفي لكى يكون الحدث الـ Hardship أن يخل بتوازن العقد بشكل كبير.

وبينما تؤدى القوة القاهرة إلى انفساخ العقد بقوة القانون وانتفاء مسئولية المدين، فإن شرط إعادة التفاوض يؤدى إلى إعادة التفاوض في العقد بهدف تعديله والإبقاء عليه.

والأمر على خلاف ذلك تماماً، إذا تبنى الأطراف المفهوم الموسع أو الحديث للقوة القاهرة. ففي هذه الحالة تقترب المسافة وتضيق الهوة بين فكرة القوة القاهرة وشرط إعادة التفاوض، بل تتوحد الفكرتان.

(٦) - تتجلى مظاهر اقتراب القوة القاهرة بمفهومها الموسع وشرط إعادة التفاوض،

في شروط تطبيق الفكرتين ونتائج تطبيق كل منهما:

فمن ناحية شروط التطبيق، نجد أن كلاً منهما يتطلب في الحدث أن يكون غير متوقع من المدين، وأن يكون مستقلاً عن إرادته. وإذا كان المفهوم التقليدي للقوة القاهرة يتطلب بدوره هذين الشرطين، إلا أن تقدير توافرهما يتم بشكل أكثر مرونة في كل من المفهوم الحديث للقوة القاهرة وشرط إعادة التفاوض.

أما من ناحية الآثار القانونية المترتبة على كل منهما، فمن الملاحظ أن الشرطين يرتبان آثاراً موحدة، تتمثل في وقف تنفيذ العقد فترة حتى يزول الحادث أو حتى يعيد الأطراف التفاوض في شأنه. وتتمثل هذه الآثار أيضاً في إلزام الأطراف بالتفاوض بغرض تعديل أحكام ذلك العقد كى تتمشى مع المعطيات الجديدة.

ويرتب الشرطان أيضاً على المدين التزاماً بإخطار الدائن بوقوع الحدث ونتائجه الحالة والمحتملة في أسرع وقت ممكن حتى يمكنه اتخاذ الإجراءات المناسبة للموقف. وفي المقابل يرتب الشرطان على الدائن التزاماً بالقيام بكل ما من شأنه تخفيف ما أصابه من ضرر حتى لا تتفاقم مسئولية المدين.

(٧) - مادام أن الواقع العملى في عقود التجارة الدولية قد وسع من مفهوم القوة القاهرة وخلق لها مفهوماً جديداً خاصاً بهذه العقود يتمشى مع أهميتها وطبيعتها، ومادام أنه وفقاً لهذا المفهوم الحديث ، قد اقترب مفهوم ونتائج القوة القاهرة من مفهوم ونتائج شرط إعادة التفاوض، فإننا نرى أن الشرطين أصبحا شرطاً واحداً بحيث يمكن الاكتفاء بأيهما فقط دون أن يتضمنهما العقد معاً.

فإذا قصد الأطراف أن يسمح الشرط بإعادة التفاوض في العقد بهدف الحفاظ عليه وعدم إنهاء العلاقة التعاقدية بينهما، فيمكن لهما أن يصيغا إرادتهما في شرط واحد فقط ، سواء اتخذ هذا الشرط شكل شرط "القوة القاهرة" مع التوسع في الأحداث التي يواجهها الشرط لتشمل كل الأحداث التي تؤثر في السريان العادى للعقد، أو شرط "إعادة التفاوض" .

وسواء تبنى الأطراف هذا الشرط أو ذاك، فإن يجب عليهم الصياغة الجيدة لما يقصدونه. فالصياغة الجيدة للشرط تجنبهم التفسيرات المختلفة، التي قد تخالف

مقصدهم، من جانب قضاء التحكيم.

٣٤٣- ثانياً : المقترحــات :

تخاطب هذه المقترحات في المقام الأول محررى عقود التجارة الدولية وخاصة الذين يسند إليهم مهمة صياغة الشروط التي تعالج أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية.

وتفترض هذه الاقتراحات أن أطراف العقد يرغبون في صياغة شرط يواجه أى تغير يحدث أثناء تنفيذ العقد ويؤثر بشكل أو بآخر على هذا التنفيذ، سواء بجعله مستحيلاً أو بجعله مرهقاً للمدين. وتفترض هذه الاقتراحات أيضاً أن الأطراف يرغبون في مواجهة هذه التعديلات بحل ودي يحافظ على كيان العقد ويضمن له مقداراً من الاستمرارية ، ويدرأ خطر فسخ العقد وإنهاء العلاقات والروابط التعاقدية القائمة بينهما. فإذا استبان مقصد الأطراف على هذا النحو، فعليهم مراعاة بعض التوصيات التي يتعلق بعضها بالأحداث التي قد تقع، ويتعلق البعض الآخر بالنظام القانوني المطبق على هذه الأحداث.

(أ) بخصوص الحالات التي يواجهها الشرط :

(١) - نوصي بأن يحدد الأطراف بدقة الأحداث التي يرغبون في أن يواجهها الشرط، سواء كانت هذه الأحداث سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية، أو تشريعية أو طبيعية.

وفي هذه الحالة يفضل أن يلجأ الأطراف في تحديدهم لهذه الأحداث إلى الطريقة المختلطة. فيبدأ الأطراف بذكر خصائص عامة في الأحداث كأن تكون غير متوقعة أو مستقلة عن إرادتهم وتؤثر في السريان العادي للعقد، ثم يتبعون هذه الخصائص العامة بأمثلة لهذه الأحداث ، مع مراعاة أن تغطي هذه الأمثلة كل الأحداث المرتبطة بطبيعة عقدهم.

ويرجع تفضلينا لهذه الطريقة إلى ما تتجنبه من عيوب يمكن توجيهها إلى طريقة التعريف المجرد والتعريف بذكر الأمثلة على النحو الذي بيناه سابقا [١].

(٢) - نقترح أيضاً أن يحدد الأطراف بدقة المقصود بكل شرط من شروط الواجب توافرها في الحدث. فعدم توقع الحدث له أكثر من معيار يمكن أن يقاس به. ومن هذه المعايير ما هو متشدد ومنها ما هو مرن. وأمر تحديد هذا المعيار وما يترتب عليه من

---

(١) انظر سابقاً، بند ١١١ وما يليه.

تحديد مضمون الشرط، يتوقف على ما يصوغه الأطراف في العقد [1]. ونفس الأمر يقال عن شرط استقلال الحدث عن إرادة المدين [2]، وعدم إمكانية الدفع [3] .

(٣) - نوصي أخيراً بأن يحدد الأطراف وبوضوح درجة تأثير هذه الأحداث على تنفيذ العقد؛ ما إذا كان هذا الأثر هو استحالة مطلقة في التنفيذ وأن يحدد الأطراف معنى الاستحالة المطلقة من وجهة نظرهم: هل تعني الاستحالة الموضوعية المطلقة بمفهومها التقليدى أم أنها تعنى عدم إمكان المدين تخطى نتائج الحدث ولو ببذل جهد معقول يحددونه في العقد؟ كذلك يجب أن يوضح الطرفان ما إذا كان النظام القانونى المتفق عليه ينطبق لمجرد اختلال توازن العقد من عدمه. مع تحديد معنى الاختلال ودرجته ومعيار تحديده.

(ب) بخصوص النظام القانونى المطبق :

(١) - نوصي أولاً بأن ينظم الأطراف مسألة إخطار المدين الدائن بوقوع الأحداث المتفق عليها والنتائج المترتبة على وقوع هذه الأحداث نظراً لما يمثله هذا الإجراء من أهمية كبيرة للدائن الذي قد لا يعلم بوقوع هذه الأحداث ولا بمداها.

ويجب أن يشمل هذا التنظيم، الشكل الذي يجب أن يتخذه الإخطار، والمدة التي يجب أن يتم خلالها، ومضمون هذا الإخطار، أى البيانات التي يجب أن يبلغها المدين للدائن، ودور هذا الإخطار في الإثبات، وموقف الدائن حال تلقيه الإخطار وأخيراً الجزاء الذي يوقع على المدين في حالة تخلف الإخطار. ونفضل هنا الجزاء الأخف المتمثل في عدم جواز التمسك بالحدث إلا من اليوم الذي يتم فيه هذا الإخطار وتعويض الدائن عن أية أضرار تصيبه من جراء عدم الإخطار أو التأخير غير المبرر في القيام به.

(٢) - إذا اتفق الأطراف على وقف تنفيذ العقد عند وقوع الأحداث المشار إليها، فيجب أن يحددوا بوضوح المدة التي سيوقف فيها تنفيذ العقد، والتزامات كل طرف في هذه المادة تجاه المتعاقد الآخر وتجاه العقد الموقوف، وخاصة بالحفاظ عليه بطرق معينة يحددونها، وبالسعي لاستئناف سريانه بعد انتهاء هذه المدة، وعليهم أن يتفقوا

---

(١) انظر سابقاً، بند ١٣٥.

(٢) انظر سابقاً، بند ١٥١

(٣) انظر سابقاً، بند ١١٨.

على الجزاء المترتب على عدم احترام أي منهم لهذه الالتزامات، وكذلك مصير العقد بعد انتهاء مدة الوقف.

ويجب أن يحدد الأطراف أخيراً ما إذا كانت مدة الوقف سوف تضم إلى مدة تنفيذ العقد أم لا.

(٣) - نوصي أيضاً بأن يتفق الأطراف على إعادة التفاوض في شأن العقد خلال مدة معينة من وقف تنفيذه، وعادة تكون هذه المدة قصيرة. ويجب أن ينظم الأطراف بدقة فترة إعادة التفاوض، من حيث المدة التي يجب أن تستغرقها هذه المفاوضات والمكان الذي يتقابل فيه الأطراف والتزامات كل طرف خلال المفاوضات، وخاصة التزامه بحسن النية وما يفرضه من سلوكيات معينة أثناء المفاوضات، وجزاء مخالفة هذه الالتزامات.

ويجب أن ينظم الأطراف بدقة نتيجة إعادة التفاوض في شأن العقد، سواء في حالة نجاحها أو في حالة فشلها، خاصة فيما يتعلق بمصير العقد وتدخل الغير، سواء أكان محكماً أو خبيراً أو مصالحاً، وما يثيره هذا التدخل من مشكلات تتعلق بتسميته وتعيينه وتحديد سلطاته وتحديد قوة القرار الصادر منه [١].

(٤) - ونوصي كذلك بأن يتفق الأطراف على التزام الدائن ببذل كل ما في وسعه لتخفيف الأضرار التي أصابته في الفروض التي تظهر فيها مسئولية الطرف المدين، سواء لعدم قيامه بالتزاماته أثناء مدة الوقف، أو خلال فترة إعادة التفاوض في العقد، أو في حالة عدم إخطار الدائن بوقوع الأحداث أو التأخير فيه. فمبدأ تخفيف الضرر من المبادئ الهامة التي أرساها قضاء التحكيم التجارى الدولى والتي تستمد جذورها من التشريعات الوطنية.

وإذا نص العقد على الالتزام السابق، يجب أن يحدد الأطراف بدقة الإجراءات التي يجب على الدائن القيام بها لتخفيف أضراره. وهذه الإجراءات تختلف بحسب طبيعة كل عقد كما رأينا سابقاً. وعلى الأطراف كذلك تنظيم الجزاء المترتب على عدم قيام الدائن بهذا الالتزام.

وفي نهاية مقترحاتنا نرى أن التنظيم الدقيق المسبق للشرط من جانب الأطراف عند إبرام العقد يجنبهم الكثير من المشكلات التي تظهر أثناء التنفيذ. وإذا قصد الأطراف

---

(١) انظر سابقاً، بند ٢٢١.

من إدراج الشرط الحفاظ على كيان العقد، وتفضيل الحل الودى على الحلول التحكيمية، فيجب أن يدركوا أن القصد وحده لا يكفي وإنما يجب الإفصاح عنه بشكل صريح في صورة تنظيم كامل ودقيق لكل المسائل التي قد يثيرها تطبيق الشرط.

Liste des abréviations

قائمة بأهم المختصرات

art.	:Article
Bull. Civi.	: Bulletin des arrêts des chambres civiles de la cour de cassation
1° ch.	: Première chambre
2° Ch.	: Deuxième chambre
Chron.	:Chronique
civ.	:Civil
Cour de cass.	:Cour de cassation
D.	:Recueil Dalloz
D. I. R.	:Dalloz informations rapides
doc.	:Doctrine
Dr. prat. com. int.	:Droit et pratique de commerce international
éd.	:Édition
F.I.D.I.C.	:Fédération international des Ingénieurs conseils
Gaz. Pal.	:Gazette du Palais
Ibid	:Au même endroit
J. Cl. Contrats dist.	:Juris classeur, Contrats distribution
J. Cl. Dr. int.	:Juris classeur, Droit international
J. c. p.	:Juris classeur périodique (La semaine juridique)
JDI	:Journal de droit international (Clunet)
L.G.D.J	:Librairie générale de droit et de jurisprudence
N ou n°	:Némuro
not.	:Note
Obs.	:Obsrevations
Op. cit.	:Ouvrage précité
p.	:Page
RD. aff. int.	:Revue de droit des affaires internationalles
Rec. de cours	:Recueil des cours de l'académie du droit internationals
Rep. Dalloz	:Répertoire Dalloz

Rev.	:Revue
Rev. arb.	:Revue de l'arbitrage
Rev. crit. DIP	:Revue critique de droit international privé
RTD. civ.	:Revue trimestrielle de droit civil
RTD. Com. et écono.	:Revue Trimestrielle de droit commercial et de droit économique
RTD. comp.	:Revue internationale de droit comparé
S.	:Recueil Sirey
T.	:Tome
th.	: Thèse
Trav.	:Travaux
Vol.	:Volume

قائمة المراجع[1]*

أولاً : مراجع باللغة العربية :

(١) الكتب والمؤلفات العامة :

١- د. أبو زيد رضوان، فايز نعيم رضوان، - الأوراق التجارية، بدون ناشر، ١٩٩٤- ١٩٩٥.

٢- أحمد جامع، - العلاقات الاقتصادية الدولية الاشتراكية، القاهرة، ١٩٧٣.

٣- احمد شوقى عبد الرحمن، - النظرية العامة للحق، مكتبة الجلاء بالمنصورة، ١٩٩٨

٤- أحمد هبه، - موسوعة مبادئ النقض في المسئولية المدنية في خمسة وعشرين عاماً من ١٩٦٦/١/١ حتى ١٩٩١/١/١، الكتاب الأول، مصادر المسئولية وأركانها، الطبعة الأولى، بدون ناشر،١٩٩١.

٥- إسماعيل غانم، - في النظرية العامة في الالتزام، مصادر الالتزام، مكتبة عبد الله وهبه، بدون تاريخ نشر.

٦- الشافعى محمد بشير، - المنظمات الدولية، الجزء الثانى، المنظمات الدولية الإقليمية، مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة، ١٩٩٨.

٧- توفيق فرج حسن فرج، - النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، بدون ناشر، ١٩٧٨.

(١) * بترتيب أبجدي مع حفظ الألقاب

٨- جمال الدين زكـــى، - الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدنى، الجزء الأول، مطبعة جامعة فؤاد الأول، الطبعة الثانية،١٩٧٦.

٩- حسام الدين كامل الأهوانـــــي، - النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الثانية، بدون ناشر، ١٩٩٥.

١٠- حسن كيـــرة. - المدخل إلى القانون، الطبعة الخامسة، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٧٤.

١١- سليمان الطمــاوى، - الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربى، الطبعة الثالثة، ١٩٧٥.

١٢- سليمان مرقـــس، - شرح القانون المدنى،المدخل للعلوم القانونية، المطبعة العالمية، ١٩٦٧.

١٣- عاشور مبـــروك، - الوسيط في قانون القضاء المصرى، الكتاب الثانى، إجراءات الحصول على الحماية القضائية، الطبعة الأولى، مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة، ١٩٩٧.

١٤- عبد الرزاق السنـــــهوري، - الوسيط في شرح القانون المدنى، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، المجلد الأول، قام بتنقيحها المستشار مصطفي محمد الفقى، دار النهضة العربية، ١٩٨١.

١٥- عبد الفتاح عبد البـــــاقى، - نظرية العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة ومعمقة، بدون ناشر، ١٩٨٤.

١٦ – عبد الفضيل محمد أحمـــــــــد، - القانون الخاص البحرى، مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة، ١٩٩٧.
- الأوراق التجارية، طبقاً لأحكام القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة، ١٩٩٩.

١٧- عبد المنعم البدراوى، - النظرية العامة للالتزام في القانون المدني المصري، الجزء الأول، مصادر الالتزام، مكتبة النسر الذهبي، ١٩٨٥.
- النظرية العامة للالتزام في القانون المدني المصري، الجزء الثاني، أحكام الالتزام، بدون ناشر، ١٩٩٣.

١٨- عبد المنعم فرج الصـــــــــدة، - مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، ١٩٨٦.

١٩- فتحى عبد الرحيم عبد اللـــــــه، - الوجيز في النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، الجزء الأول، العقد والإرادة المنفردة، الطبعة الثانية، مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة، ١٩٩٨ – ١٩٩٩.

٢٠- فتحى عبد الرحيم. أحمد شوقى عبد الرحمـــــــن، - النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة، ١٩٩٨ – ١٩٩٩.

٢١- محسن عبد الحميد إبراهيم البيـــه،

- المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، مكتبة الجلاء بالمنصورة، ١٩٩٥.
- المدخل للعلوم القانونية، نظرية القانون، مكتبة الجلاء بالمنصورة، ١٩٩٥
- النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، الجزء الأول، المصادر الإرادية، مكتبة الجلاء بالمنصورة، ١٩٩٧.
- النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، الجزء الثانى، المصادر غير الإرادية، مكتبة الجلاء بالمنصورة، ١٩٩٧.
- قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة، ١٩٩٦ – ١٩٩٧.

٢٢- محمد كمال عبد العـــــــزيز،

- التقنين المدنى في ضوء القضاء والفقه، الجزء الأول، في الالتزامات، الطبعة الثانية، مؤسسة روز اليوسف، ١٩٨٠.

٢٣- محيى الدين إسماعيل علم الديـــــن،

- نظرية العقد، مقارنة بين القوانين العربية والشريعة والإسلامية، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، ١٩٩٤.

٢٤- نعمان محمد خليل جمـــــــعة،

- دروس في المدخل للعلوم القانونية، دار النهضة العربية، ١٩٧٨.

(٢) المؤلفات المتخصصة والرسائل والمقالات :

١- إبراهيم دسوقى أبو الليــل، - الإعفاء من المسئولية المدنية عن حوادث السيارات، دراسة تحليلية لنظرية السبب الأجنبي في الفقه والقضاء المصرى والفرنسى، دار النهضة العربية. ١٩٧٥.

٢- أبو زيد رضـــوان، - الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربى، ١٩٨١.

٣- أحمد شرف الديـن، - مضمون بنود التحكيم وصياغتها في العقود الدولية، بحث منشور في مجلة إدارة الفتوى والتشريع، العدد الخامس، ١٩٨٥، ص ١٣ وما بعدها.

٤- أحمد عبد الكريم سلامـة، - نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، دراسة تأصيلية انتقادية، دار النهضة العربية، ١٩٨٩.

٥- السيد البــــدوى. - حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية في المعاملات التجارية. رسالة، جامعة القاهرة. ١٩٨٩.

٦- بهاء هلال دســوقى، - قانون التجار الدولي الجديد، دراسة تحليلية، القاهرة، بدون ناشر، ١٩٩٣.

٧- ثروت حبيـــــب. - دراسة في قانون التجارة الدولية مع الاهتمام بالبيوع الدولية، القاهرة، دار الاتحاد العربي للطباعة. ١٩٧٥.

- دراسة في قانون التجارة الدولية مع الاهتمام ببيوع فيينا ١٩٨٠ . مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة، ١٩٩٥.

٨- جعفر عبد السلام علـي، - شرط بقاء الشيء علي حاله (نظرية تغير الظروف في القانون الدولي)، رسالة، جامعة القاهرة، مطابع دار الكتاب العربي للطباعة والنشر، ١٩٧٠.

٩- حسام الدين كامل الأهوانـي، - أصول قانون التجارة الدولية، الجزء الأول، بدون ناشر، سنة ١٩٩٣.

- تقرير مقدم إلى ندوة « الأنظمة القانونية ومقتضيات التجارة الدولية » الجزء الخاص بالمفاوضات في الفترة قبل التعاقدية ومراحل إعداد العقد الدولى، عقدت تحت إشراف معهد قانون الأعمال الدولى، القاهرة، ٢ – ٣ يناير، ١٩٩٣.

١٠- حسام عيسـى، - التحكيم الدولي، نظرية نقدية، القاهرة، بدون ناشر، ١٩٨٨.

١١- حسبو الفـزاري، - أثر الظروف الطارئة علي الالتزام العقدي في القانون المقارن، رسالة، مطبعة الجيزة بالإسكندرية، ١٩٧٩.

١٢- حسن عبد الباسط جميعـي، - أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، ١٩٩٠ - ١٩٩١.

١٣- حسن عبد الرحمن قـدوس، - إنهاء عقد العمل لأسباب اقتصادية، مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة، ١٩٩٠

١٤- حسين عامـر، القوة الملزمة للعقد، مطبعة مصر، ١٩٤٩.

١٥- حفيظة السيد الحداد، - العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، ١٩٩٦.

١٦- حمزة أحمد الحداد، - العقود النموذجية في قانون التجارة الدولية، دراسة في البيع الدولي، رسالة جامعة القاهرة ١٩٧٥.

١٧- رشوان حسن رشوان أحمد، - أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة للعقد، عرض لفكرة ملاءمة العقد للظروف الاقتصادية، الطبعة الأولى، دار الهاني للطباعة،١٩٩٤.

١٨- رضا محمد إبراهيم، - الالتزام بالتسليم في القانون الموحد للبيع الدولي للبضائع، رسالة، جامعة القاهرة، ١٩٧٩.

١٩- سلامة فارس، - وسائل معالجة اختلال توازن العلاقات التعاقدية في قانون التجارة الدولية، رسالة، جامعة القاهرة، ١٩٩٨.

٢٠- سليمان مرقس، - نظرية دفع المسئولية، رسالة، جامعة فؤاد الأول، مطبعة الاعتماد، ١٩٣٦.

٢١- صلاح الدين جمال الدين عبد الرحمن. - عقود نقل التكنولوجيا، دراسة في إطار القانون الدولى الخاص والقانون التجارى، دار النهضة العربية، ١٩٩٥ – ١٩٩٦.
- عقود نقل التكنولوجيا، دراسة في إطار القانون الدولى الخاص والقانون التجارى، دار النهضة العربية، ١٩٩٥ – ١٩٩٦.

٢٢- عاشور مبروك، - النظام الإجرائى لخصومة التحكيم، الطبعة الثانية، مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة، ١٩٩٨.

٢٣- عبد الحى حجازى، - عقد المدة، رسالة، جامعة إبراهيم باشا، ١٩٥٠.

٢٤- د. عبد السلام الترمانتيني، - نظرية الظروف الطارئة، دار الفكر العربى، ١٩٧١.

٢٥- عبد المنعم محفوظ، - قضاء المشروعية وفلسفة الانفتاح الاقتصادى في مصر، الطبعة الأولى، عالم الكتب، ١٩٨٤.

٢٦- د. عبد الوهاب على بن سعد الرومي، - الاستحالة وأثرها على الالتزام العقدى، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى، رسالة، القاهرة، ١٩٩٤.

٢٧- د. عزة محمود خليل، - حسن النية في مجال البيع لبرامج الحاسب الآلى، رسالة، جامعة القاهرة، ١٩٩٤.

٢٨- عصام الدين القصبي، - خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية، ١٩٩٣.

٢٩- على حامد الغتيت، - دروس في قانون التجارة الدولية، الجزء الثانى، دروس ألقيت على طلبة دبلوم التجارة الدولية، جامعة عين شمس، ١٩٩٣.

٣٠- علي محمد علي عبد المولى، - الظروف التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري، دراسة مقارنة، رسالة عين شمس، ١٩٩١.

٣١- فتحى عبد الرحيـــم، - أثر انضمام مصر لمنظمة التجارة العالمية على بعض جوانب النظام القانونى الداخلى، مقال مقدم إلى مؤتمر " مستقبل مصر في ظل تحرير التجارة العالمية "، نظمته كلية الحقوق - جامعة المنصورة، في ٢٦،٢٧ مارس ١٩٩٦، القاهرة، الجلسة الرابعة، وأعمال هذا المؤتمر واردة في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية التي تصدرها الكلية، العدد التاسع عشر، المجلد الأول والثانى، إبريل ١٩٩٦، بصفة خاصة المجلد الثاني، ص ٦١٧.

٣٢- فوزى حمد سامـــى، - التحكيم التجارى الدولى، الطبعة الثانية، عمان، ١٩٩٢.

٣٣- كمال إبراهيـــــم، - التحكيم التجاري الدولي، حتمية التحكيم التجاري، وحتمية قانون التجارة الدولية، دار الفكر العربي، ١٩٩١.

٣٤- محسن شفيـــــق، - اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع، دراسة مقارنة في قانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، ١٩٨٨.

- اتفاقية لاهاي ١٩٦٤ بشأن البيع الدولي للمنقولات المادية، محاضرات ألقيت علي دبلوم القانون الخاص جامعة القاهرة، ٧٢،١٩٧٣.

- عقد تسليم مفتاح، نموذج من عقود التنمية، محاضرات ألقيت على طلبة دبلوم الدراسات العليا، ٨٢-٨٣.

- نظرية الحرب كقوة قاهرة وأثرها في عقد البيع التجاري، بحث تحليلي للقضاءين المصري والفرنسي، مجلة القانون والاقتصاد السنة العاشرة،١٩٤٠، العدد الأول، ص ١٣١- ١٦٧.

٣٥- محمد شتا أبو السعد، - مفهوم القوة القاهرة، مقال، مجلة مصر المعاصرة، السنة الرابعة والسبعين، العددان ٣٩٣ ، ٣٩٤، يوليو - أكتوبر ١٩٨٣، ص ١٧٥.

٣٦- محمد على عثمان الفقـــــــــى، - استحالة تنفيذ الالتزام وآثارها، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى، دار النهضة العربية، ١٩٩٥.

٣٧- محمد لبيب شنـــب، - المسئولية عن الأشياء، دراسة فى القانون المصرى مقارناً بالقانون الفرنسى، رسالة ، القاهرة، مكتبة النهضة المصرية، ١٩٥٧.

٣٨- محمد محسوب عبد المجيد درويـــش، - قانون التجارة الدولى، نشأة وتطور قانون التجارة، دراسة تاريخية، رسالة، دار النهضة العربية، ١٩٩٥.

٣٩- محمد نصر الدين منصـــــــــور، - نحو نظام قانونى لوقف عقود العاملين فى المنشآت، دار النهضة العربية، ١٩٨٩.

٤٠- محمد يوسف علـــــــــوان، -النظام القانونى لاستغلال النفط فى الأقطار العربية، دراسة فى العقود الاقتصادية الدولية، مطبوعات جامعة الكويت، بدون تاريخ نشر.

٤١- محمود الكيلانـــى، - عقود التجارة الدولية فى مجال نقل التكنولوجيا، رسالة، جامعة القاهرة، ١٩٨٨.

٤٢- محمود جمال الدين زكـــــــــى، - اتفاقيات دفع المسئولية، دراسة مقارنة، مقال، مجلة القانون والاقتصاد، السنة الثلاثون، العدد الثالث، ١٩٦١، ص ٥٢١.

٤٣- محمود سمير الشرقـــــاوي، - الالتزام بالتسليم فى عقد بيع البضائع، مجلة القانون والاقتصاد، العددان الثالث والرابع، سبتمبر – ديسمبر ١٩٧٦، السنة السادسة والأربعون، ص ٣٥٦.

٤٤- محمود محمد علي صـــبره، - ترجمة العقود التجارية، بدون ناشر، ١٩٩٧.

٤٥- محيي الدين إسماعيل علم الديـن - التحكيم وشرط الدفع بالذهب، مقال ، مجلة الأهرام الاقتصادي، العدد ١٢٥٠، الصادر في ٨ ديسمبر ١٩٩٢.

- تأميم المناجم أمام التحكيم، مقال، مجلة الأهرام الاقتصادي، العدد ١٢٤٩، الصادر في ٢١ ديسمبر ١٩٩٢.

- حصانات الدول والنظام العام، مقال، مجلة الأهرام الاقتصادي، العدد ١٢٧١، الصادر في ٤ مايو ١٩٩٣.

- منصة التحكيم التجاري الدولي، الجزء الأول، مطابع العنانى، ١٩٨٦.

٤٦- مصطفى البنـداري سيد أحمـــــد، - الانحراف عن خط السير في القانون البحرى، رسالة، جامعة المنصورة، ١٩٩٣.

٤٧- ناجى عبد المؤمن محمـــــــد، - عقود التجارة الدولية طويلة المدة، حدود مبدأ القوة الملزمة للعقد، دروس ألقيت على طلبة الدراسات العليا دبلوم التجارة الدولية، جامعة عين شمسن، ١٩٩٤.

٤٨- نجيب محمد بكيـــــــر، - أثر الاستحالة النسبية في تنفيذ الالتزام، مجلة القانون والاقتصاد، السنة ٥٥، ١٩٨٥.

٤٩- نصيرة بو جمعة الســـــعدى، - عقود نقل التكنولوجيا في مجال التعاون الدولي، رسالة، جامعة القاهرة، ١٩٨٧.

٥٠- هدى محمد مجدى عبد الرحمــن، - دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته، دار النهضة العربية، ١٩٩٧.

٥١- يوسف عبد الهادى خليل الأكيـــــابى، - النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا في مجال القانون الدولي الخاص، رسالة، جامعة الزقازيق، بدون سنة نشر.

(٣) الدوريات والمجلات :

- مجلة القانون والاقتصاد، تصدرها كلية الحقوق، جامعة القاهرة.
- مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، تصدرها كلية الحقوق، جامعة المنصورة.
- مجلة هيئة قضايا الدولة، تصدرها هيئة قضايا الدولة بجمهورية مصر العربية.
- مجلة الأهرام الاقتصادي، مجلة اقتصادية أسبوعية تصدرها مؤسسة الأهرام.

(4) أحكام القضاء :

- العديد من أحكام محكمة النقض المصرية، الدائرة المدنية والتجارية، إصدار المكتب الفني بمحكمة النقض.
- أحكام النقض الواردة في موسوعة مبادئ النقض، الدائرة المدنية في خمسة وعشرين عاماً من ١٩٦٦/١١ – ١٩٩١/١/١، الكتاب الأول، مصادر المسئولية وأركانها.

ثانياً : مراجع باللغة الفرنسية :

Traités et Ouvrages Généraux:

1- CAMERLYNCK (G. H.) et LEYONCAN (G.),	-Précis du droit du travail, éd. Dalloz., 1980.
2- CAPITANT (H.) et COLIN (A.),	-Cour élémentaire du droit civil français, 4° éd., T. 11, 1976
3-CARBONNIER (J.),	-Droit civil, Les obligations, PUF, Paris, 1975.
	-Droit civil, Les obligations, T. VI, Paris, 12 éme, éd. 1985.
	-Droit civil, Les obligations, T. V1, PUF, 14 éme éd., 1991.
4- DAVID (R.),	-Les contrats en droit Anglais, LGDJ, 1973.
5- DAVID (R.) et PUGSLEY(D.),	-Les contrats en droit Anglais, 2° éd., LGDJ, 1985.
6- DE JUGLART (M.),	-Traité élémentaire de droit aérien, Paris, 1952.
7- DEMOUGUE (R.),	-Traité des obligations en général, T. V., Effets des obligations, Paris, 1932.

8- DE PAGE (H.), -Traité élémantaire de droit civil belge, T. 11, 3° éd., Brylant, 1964.

9- DESCHENAUX (H.), -Traité de droit civil suisse, Le titre préliminaire du code civil suisse,T. 11, édition Universitaire Fribourg, 1969.

10- FARJAT (G.), -Droit privé de l'économie, T. 11, 1975.

11- FLOUR (R.), et AUBERT (J. - L.), -Droit civil, Les obligations, T. 11, 5° éd., par AUBERT (J. - L.) et COLIN (A.), 1991.
-Droit civil, Les obligations, Vol. 1, Sources : L'acte juridique, 20° éd, 1990

12- GESTIN (J.), -Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat, Formation, 20° éd., L.G.D.J, 1988.

13- LARROUMET (Ch.), -Droit civil, T. 11, Les obligations, 1ère Partie, Economica, 1986.

14- LATOURNERIE (R.), -Le droit français de la grève, Sirey, 1972.

15- LECLERCQ (H.), -Introduction du droit chinois des contrats, éd. JOLY, 1994.

16- LE TOURNEAU (Ph.), -La responsabilité civile, 3° éd., D, 1982.

17- MALAURE (Ph.) et AYNES (L.), -Droit civil, Les obligations, 4° éd., Cujas, 1990.

18- MARTY (G.) et RAYNAUD (P.), -Droit civil, Les obligations, T. 1, Les sources, 2° éd., 1988.

19- MAZEAUD -Leçon de droit civil , T. 11, vol. 1, Les obligations, 1978.

20- MAZEAUD (H. L. et J.) et CHABAS (H.), -Leçon de droit civil, les obligations, Montchrestin, 5° éd., 1991.

21- PEDAMAN (M.), -Le contrat en droit Allemand, LGDJ, 1993.

22- RIPERT (G.) et BOULANGER (J.), -Traité de droit civil, d'aprés le traité de PLANIOL, 1956.

23- RODIÈRE (R.), -Droit des transports ferroviaires et par batellerie, 1958.

-Droit de transport terrestre et aérien, 2° éd., 1977.

24- SAVATIER (J.), -Traité de la responsabilité civile en droit français, T.1, Les sources de la responsabilité civile, 2° éd., 1951.

25- SINAY (H.) et JAVILLIER (J. - C.), -Traité de droit du travail, T. 6, La grève, D., Paris, 1984.

26- VIENY (G.), -Traité de droit civil, sous direction de J. GHESTAIN, Les Obligations, La responsabilité, Effets, LGDJ, 1988.

27- WEILL (A.), -Droit civil, Introduction générale, Paris, D., 1973.

-Droit civil, Les obligations, 1975.

28- WEILL (A.) et TERRE (F.), -Droit civil, Les obligations, 4° éd., D., 1986.

Ouvrages spéciaux et Thèses:

1- ABDEL GAWAD (M.), -La force obligatoire du contrat en droit musulman et théorie de l'imprévision en droit Egyptien, thèse, 1957.

2- ABDUL MUNIM H (A.), -La protection de l'acheteur dans la vente de marchandises en droit de commerce international, thèse, Rennes 1,1991.

3- ALISSE (J.), -L'obligation de renseignement dans les contrats, thèse, Paris 11, 1975.

4- ANTONMATTEI (P. - H.), -Contribution à l›étude de la force majeure, thèse, Montpellier, 1992.

5- AUDIT(B.), -La vente internationale de marchandises, LGDJ, 1990.

6- AZEMA (J.), -La durée des contrats sucessifs, LGDJ, 1969.

7- BARBIERI (J. - J.), -Vers un nouvel équilibre contractuel ? Recherche d'un nouvel équilibre des prestations dans la formation et l'éxécution du contrat, thèse, Toulouse, 1981.

8- BAUDRY (H.), -La force majeure en droit pénal, thèse, Lyon, 1938.

9- BERAUD (J. - M.), -La suspention du contrat de travail, Bibliotique de droit du travail et de la socité sociale, T. 7, Siery, 1980.

10- BONNEAU (R.), -La pratique de l'information, éd., Usines Nouvelles, 1984.

11- BULISSON(M, -La négociation de marchés internationaux, Montpellier, 1982.

12- CABAS (F.), -Les clauses de «Hardship», thèse, 3° cycle, Montpellier 1, 1981.

13- CAILLE (C.), -Les clauses d'exonération de la responsabilité, thèse, Paris 1, 1988.

14- CARBONNIER (J.), -Les renonciations aux bénéficies de la loi privé, Trav. Ass. H. CAPITAN, 1959 - 1960, PP. 285 et s.

15- CHAPELLE (A.), -Les fonctions de l'ordre publique en droit international privé, thèse, Paris 11, 1979.

16- DAHAN(M.), -La pratique française du droit du commerce international, Centre français du Commerce-extérieur, Paris, 1992.

17- DAVID (R.), -L'arbitrage dans le commerce international, Economica, Paris, 1984.

18- DEJEAN DE LA BATIE (N.), -Appréciation " in abstracto " et appréciation " in conserto ", en droit civil français, préface H. MAZEAUD, LGDJ, 1965.

19- DELEUZE(J.- M.), - Le contrat de transfert de transfert de technologie, 4° éd., 1988.

20- DENIS(P.), -"Pacta sunt servenda" et "Rebus sic stantibus", in " l'apport de la jurisprudence arbitrale ", séminaire des 7 et 8 avril 1986, C.C.I, Paris 1986.

21- DUPIN DE SAINT - CYR (P.), -Contrats d'éxportation : modèles et commentaires, Jupiter, 2° éd, Paris, 1973.

22- DURAND (P.), -Des conventions d'irresponsabilité, thèse, Paris, 1931.

23- EL GAMMAL (M. M.), -L'adaptation du contrat aux circonstances économiques, Etude comparée de droit civil français et de droit de la R.A.U., thèse, Paris, LGDJ., 1967.

24- EL - GOHARY (M.), -L'arbitrage et les contrats commerciaux internationaux à long terme, la téléologie et la philosophie de l'arbitrage, thèse, Rennes 1, 1982.

25- EL - MAHI (H.), -La clause de Hardship, Rev. des recherche juridique économique, Université de Mansoura, n° 15, Avril 1994, P. 49.

26- EXNER (A.), -La notion de force majeure, théorie de la responsabilité dans le contrat de transport, Paris, 1892.

27- FIATTE (R.), -Les effets de la force majeure dans les contrats, thèse, Paris, 1970.

28- FONTAINE (M.), -Droit des contrats internationaux, Analyse et rédaction de clauses, FEC, 1989.

29- FOUCHARD(Ph.), -L›arbitrage commercial international, thèse, LGDJ, 1965.

30- GHOZI(A.), -La modification de l'obligation par la volonté des parties, Etude de droit français, thèse, Paris, LGDJ., 1980.

31- GLAVINS (P.), -Le contrat international de construction, thèse, éd JOLY, 1993.

32- GOLDMAN (B.), -Droit de commerce international, Cours, 1971 - 1972.

33- GOUBEAUX (G.), -La règle de l'accessoir en droit privé, LGDJ, 1969.

34- HASSAN(N.), -Les usages commerciaux dans les contrats internationaux, thèse, Paris X, 1993.

35- HAUSSER -Objectivisime et subjectivisme dans l'acte juridique, LGDJ, 1971.

36- IMHOFF- SCHEIER(A.-C.), -Protection du consommateur et contrats internationaux, thèse, Genève, 1981.

37- JACQUET (J. - M.), -Le contrat international, D., 1992.

38- JADAUD(B.) et PLAISANAT(R.), -Droit du commerce international, 4° éd. 1991.

39- JARROSSON (Ch.), -Les clauses de renégociation, de conciliation et de médiation, in " Les principales clauses des contrats conclus entre professionles ", P. U. d'Aix, 1990, n° 27.

40- JUNOD (Ch. - A.), -Force majeure et cas fortuit dans les systèmes suisses de la responsabilité civile, Genéve, 1956.

41- KAHN (Ph.), -Etude de quelques problèmes juridiques de la vente internationale de gaz, les hydrocarbures des pays producteurs, Libraire juridique, 1974.

42- KASSIS (A.), -Théorie générale des usages du commerce, Paris ,LGDJ, 1984.

43- LARRIEU (J.), -Le contrat d'ingénerie, thèse, Paris, 1984.

44- LEBOULANGER (P.), -Les contrats entre Etats et entreprises étrangères, thèse, Paris 2, 1982.

45- LEBREQUIER (Y.), -L'évolution de la notion de la force majeure en matière contractuelle, étude jurisprudentielle, thèse, Nice, 1987.

46- LECLERC (F.), -La protection de la partie faible dans les contrats internationaux, étude de conflit de lois, thèse, Strasbourg, 1992.

47- LE FICHANT (F.), -L'obligation de négociation en droit privé, thèse, Rennes 1, 1991.

48- LE ROY (D.), -La force majeure dans le commerce international, thèse, Paris, 1992.

49- LESGUILLONS (H.), -La vente, (Sous direction de), lamy contrats internationaux, juin 1995, T.3, division 4.

50- LOQUIN (E.), -L›amiable composition en droit comparé et international, thèse, Dijon , 1978.
S

51- LOUSSOUARN (Y.) et BEEDIN (N. - D.), -Droit du commerce international, les sources du droit de la vente commerciale internationale, Sirey, 1969.

52- MABROUK (R.), -La force majeure en droit Egyptien et en droit français, thèse, Nantes, 1986.

53- MALAURIE (Ph.), -Les contrats contraire à l'ordre public, thèse, Paris, 1953.

54-MALINERI (P.), -Les conditions générales de vente et les contrats types de chambres syndicales, LGDJ, Paris, 1978.

55- MOUSSERON (J. - M.), -Technique contractuelle, éd. Juridique Le Febvre, 1988.

56- OBEID (G.), -Le calcul du prix dans les contrats internationaux, Thèse, Montpellier 1, 1990.

57- OMRANE (A.), -La force majeure en droit du travail, thèse, Toulouse 1, 1981.

58- OPPETIT (B.), -Droit du commerce international, PUF, paris, 1977.

59- OSMAN (F.), -Les principes généraux de la lex mercatoria, thèse, Paris, LGDJ, 1980.

60- PETEL (I.), -Les durées d'efficacité du contrat, thèse., Montpelier, 1984.

61- PICOD (Y.), -Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, thèse, LGDJ, 1989.

62- PLANTEY (A.), -La négociation internationale : Principes et méthodes, éd. Du CNRS, 1980.

63- POMMIER (J. - Ch.), -Principe d'autonomie et la loi du contrat en droit international privé conventionnel, Economica, 1992.

64-PROTHAIS (A.), -Tentative et attantat, LGDJ, 1985.

65- RADOUANT (J.), -Du cas fortuit et de la force majeure, thèse, Paris, 1920.

66- ROPERT (J.), -(Avec la collaboration de MOREAU), L'arbitrage, Droit intern, Droit international privé, Paris, 5° éd., 1983.

67- SALEM (M.) et 71- SANSON - HERMITIE (H. -A.), -Les contrats " clé en main" et les contrats " produit en main ", technologie et vente de développement, Libraries Techniques, Paris, 1979.

68- SARIS (M . N.), -Les clauses particulières des contrats internationaux, thèse, Montpellier, 1981.

69- SARRAUTE (R.), -De la suspension dans l'exécution des contrats, thèse, Paris, 1929

70- TAISNE (J. - J.), -La notion de condition dans les actes juridiques, contribution à l'étude de l'obligation conditionnelle, thèse, Lille 11, 1977.

71- VALENTIN (G.), -Les contrats de sous - traitence, Librarie technique, Paris, 1979.

72- VENIAMIN (V.), -Essai sur les donnés économiques de l'obligation civil, Paris, 1931.

73- VOIRIN (P.), -De l›imprévision dans les rapports en droit privé, thèse, Nancy, 1922.

74- WANG (Z. - H.), -La formation des contrats internationaux, thèse, Strasbourg, 1992.

® **Articles ,Chroniques, Notes et Observations :**

1- ALTER (M.), -Responsabilité civile et assurance, Fasc. 470 - 4 et 5, 1990, n° 38.

-Vente commerciale, Obligation de déliverance du vendeur, juris - classeurs, éd. Techniques, Fasc. 310, 2, 1993, p. 9.

2- ARNALDEZ (J.- J.), -Réflexions sur l'autonomie et le caractère international du règlement d'arbitrage de la CCI, JDI, 1993, n° 4, p. 824.

3- ARTZ (J. -F.), -La suspension du contrat à exécution successive, D.S., 1979, chro. XV, PP. 95- 102.

4- AUBERT (J.- F.), -Novation, Encycolopédie Daloz, contrat et obligations, p. 1.

5- AUDIT(B.), -L'affaire NOC c\ Libyan Sun - Oil Company, sentence arbitral CCI rendue à Paris, Les 31 mai 1985 et 23 février 1987, et jugement de la cour fédéral de district du Award (Etats - Uines) du 15 mars, 1990

6- BATIFFOL (H.), -Donnés récentes du droit international privé des contrats en U.R.S.S, JDI, 1975, p. 15 et s.

7- BERLIOZ (G.), -Le droit des contrats face à l 'évolution économique, études en l' honneur de Roger HOILNG, D., 1985.

8- BOMMELL (M. - J.), -Commentaire de la convention de vienne du 11 avril sur de vente internationale de marchandises, RDI et droit comp., 1981, pp. 951 - 988.

9- BOURDELOIS (B.), -L'exécution du contrat international, in " La pratique des contrats internationaux ", Joly, Livre V, p. 24 et s.

10- BREDIN (J.- D.), -L' amiable composition et le contrat, Rev. arb., 1984, p. 259.

11- BYSTRICKY (R.), -La codification tchécoslovaque de droit international privé, Rec. de cours, La Haye, 1968, p. 530.

12- CABRILLAC(M.), -Remarques sur la théorie générale des contrats et les créations récentes de la pratique commerciale, Mélanges G. MARTY, 1976.

13- CASSIN (R.), -Réflexion sur la résolution juidiciaire des contrats internationaux, RTD civ., 1945.

14- CHANC (C.C. - M.) et CHRUN (A. C. - H.), -Force majeure et imprévision dans les contrats passés avec la Chine, Les Petites Affiches, 5 juillet 1989, n° 80 - 20.

15- CHAUVIER (J. - M.), -La fin du pouvoir communiste en URSS, Le Monde Diplomatique, septembre 1991, n° 450, 38 *année*, p. 1.

16- CAPITINA (O.), -Doctrine et pratique du droit socialiste rouman en matière de contrat international, in " Le contrat économique international, Satbilité et évolution ", Travaux de V11 es juornées d'études juridiques DABAIN (J.), 1975, P. 106 et s.

17- CEDRAS(J.), -L'obligation de négocier, RTD. com. et écono.,1985, P. 265.

18- CHABAS (F.), -Force majeure, Req. Dalloz, Droit civil, 1985, n°5.

19- CORRAN (A.), -La grève et la force majeure, étude de jurisprudence, cah. juri. De l'élec. Et du gaz, 1958, p. 33 et s.

20- CORUNU (G.), -Note sous, cour d'appel de Lyon, 8 novembre 1979, et cour d'appel de Paris, 4 juin1980, RTD. civ., 1981, P. 171 et s.

21- COUCHON (Ch.), -Rapports nationaux, France, Contrats de droit privé, in « Les modifications du contrat au cour de son exécution en raison de circonstances nouvelles «, op. cit., p. 13 et s.

22- COURTOIN (H.), -Rapportsnationaux,Italie,in«Lesmodifications du contrat au cour de son exécution en raison de circonstances nouvelles «, op. cit., P. 106 et s.

23- DAVID(R.), -L'arbitrage en droit civil, Technique de régulation des contrats, Mélandes MARTY (G.), p. 384.

-Le droit du commerce international : une nouvelle tache pour les législations nationalles ou une nouvelle lex mercatoria ? , in « New direction in international trade «, Acts and proceedings, Unidroit dabbs ferry, New York, V. 1, 1977, P. 9 et s.

24- DEHAR -TOUCHAIS (M.), - J. - Cl., Contrats distribution, Fasc., 175, n° 3.

25- DEIMAS-ST-HILAIRE (J. -P.), -L'adaptation du contrat aux circonstances économiques, in la tendance à la stabilité du rapport contractuel, LGDJ, 1960, P. 189.

26- DE JUGLART (M.), -L'obligation de renseignement dans les contrats, RTD . civ., 1945, p. 1.

27- DELVOLVÉ (J. - L.), -L'imprévision dans les contrats internationaux, Travaux de communité française de droit international privé, 1989- 1990, éd. Du C.N.R.S, Paris, 1991, p. 149.

28- DERAIN (Y.), -Chronique des sentences arbitrales de la chambre de commerce international, JDI, 1975, P. 920.

-Les tendances de la jurisprudence arbitrales internationale, JDI, 1993, n° 4, PP. 832 - 855.

-L›obligation de minimiser le dommage dans la jurisprudence arbitrale, RD. aff. int. 1987, P. 375.

29- DOMKE (M.), -The Israel - sovil oil arbitration, Amer. of Comp. Law, 1959, P. 787.

30- DUBISSON (M.), -Exposé du Mercredi 5 décembre 1979, Séminaire de MALBUN, Institut de droit et des pratique de affaires internationales, " Rédaction de caluses importantes d'un contrat ", Sous l'égide de la chambre de commerce international, P. 10 et s.

31- E. CAROBNNEAU (T.), -Etude historique de l'arbitrage : Vers un droit matériel de l'arbitrage commercial fondé sur la motivation des sentences, RDI et D. comp., 1984, p. 761.

32- ELLAND- GOLDSMITH (M.), -Les principes généraux au droit anglais des contrats et les opération internationales, Dr. pra. Com. Int., 1980, n° 4, PP. 445-490.

33- EL - SAYD ARAFA (M.), -La bonne foi en droit international privé Egyptien, Rapport Egyptien sur la thème " La bonne foi dans les rélations internationales, Droit international privé, Droit international public", présenté aux journées louisianaises de 18 à 22 mai 1992, organisées par l'Association Herni CAPITANT, Paris, Litec, 1992, p. 532.

34- ENDERLEIN (F.), -La réglementation juridique des relations économiques démocratiques Allemandes, JDI, 1977, n° 2, P. 390.

35- FABER (R.), -Les clauses d'adaptation dans les contrats, RTD civ., 1983, P. 1.

36- FADLALLAH (I.), -Le projet de convention sur la vente de marchandises JDI, 1979, P. 768.

37- FONTAINE (M.), -" Best *efforts* " , " Reasonable *care* ", Du diligence " et " règles de l'art " dans les contrats internationaux, RD. aff. int., 1988, P. 1003.

-Les clauses de force majeure dans les contrats internationaux, dr. prat. comm. int, 1979, P. 479.

-Les contrats internationaux à long terme, in étuds offerts à Roger HOUIN, Paris, D., 1985.

38- FOUCHARD (P.), -Introduction de l'arbitrage international, Rev. arb., 1981, PP. 463 et s.

-L'adaptation des contrats à la conjoncture économique, Rev. arb. 1979, P. 67.

-La loi-type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, JDI, 1987, n° 4, P. 861.

-Note sur la sentence, cour de justice des communautés Européennes, 27 avril 1994, Rev.arb., 1995, n°3, P.503.

39- GAILLARD (E.), -Arbitrage commercial international, Sentence Arbitrale, droit applicable au fond du litige, J. - Cl. int., fac. 586-9-1, 1991.

-Chronique des sentences arbitrales C.I.R.D.I., JDI, 1988, P. 231.

-Trente ans de lex mercatoria pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit, JDI, 1995, n°1, PP. 5-30.

40- GLISON (B.), -Les révision de 1975 - 1979 de C.G.L C.A.E.N, JDI, 1985, P. 415 et s.

41- GOFFIN (R.), -Les conditions générales de la C.E.E \ O.N.U, Dr. prat. comm. int., 1975, P. 217 et s.
-Note sous cass. civ., 13 février 1981, D., 1984, P. 457.

42- GOLDMAN (B.), -La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux : Réalité et prespectives, JDI, 1979, P. 488 et s.
-Arbitrage de droit international privé, Répertoire Dalloz de droit international, P. 116.
-La volonté des parties et le rôle de l'arbitrage international, Rev. arb., 1981, n° 4, P. 469.

43- GRELON(B.) et GUDIN (CH.-E.), -Contrats et crise du Golfe, JDI, 1991, n° 3, PP. 633-677.

44- HANOTIAU(B.), -La détermination et l'évaluation du dommage réparable: Principes généraux et principes en émergence, in Transnational rules in international commercial arbitration, 1993, P. 209.

45- HORMANS (G.), -L'exécution du contrat et le comportement des parties, RDT. civ., 1979 - 1980, P. 300.

-L'interprétation des contrats internationaux, in " L'arbitrage commercial international ", L'apport de la Jurisprudence arbitrale, Op. cit., P. 153.

46- HUET (A.), -Contrats et obligations conventionnelles, exception d'inexécution ou exceptio non adiamplIti contractus, J. Cl., droit civil, 1985, art. 1184.

47- JARIN (S.), -L'obligation de coopérer de bonne foi, Exemples d'application du plan de l'arbitrage international, in l›apport de la jurisprudence arbitrale, séminaires des 7 et 8 avril, 1986, C.C.I, paris, 1986, p.161.

48- JARROSSON (Ch.), -Les aspects juridiques de la négociation collective dans l'entreprise, JCP, éd. E, 1985, P. 16.

49- JOURDIN (P.), -Le devoir de renseigner, contribution, l'étude de l'obligation, D., 1983, chro., P. 139.

-Responsabilité civile et assurance, Revue mensuelle du juris - Classer, Fasc. 160 , n° 126.

50- JUNDO (Ch. - A.), -Force majeur et cas fortuit dans la responsabilité civile, mémoire de la faculté de droit de Genève, 1956, P. 79.

51- KAHN (Ph.), -Contrats d'Etats et nationalisation, les apports de la sentence arbitrale du 24 mars 1982, JDI, 1982, P. 844.

-Force majeure et contrats internationaux de longue durée, JDI, 1975, p. 479 et s.

-Les principes généraux du droit devant les arbitres du commerce international, JDI, 1989, P. 805.

-Lex mercatoria et pratique des contrats internationaux: l'expérience française, in " le contrat économique international , stabilité et évolution ", travaux des v11[es] journées d'études juridiques Jean DABAIN, Bruxelles, Paris, Bruylant et Pédone, 1975.

-Problème juridique de l'investissement dans les payes de l'ancienne Afrique Française, JDI, 1965, P. 381.

52- KAYSER (P.), -*L'autonomie de volonté en droit international* privé dans la jurisprudence française, JDI, 1931, n° 1, P. 32.

53- KNOEPFLER (F.), -L'obligation de sommes d'argent: détermination et modification du prix, in colloque international," *les systèmes contractuels de droit civil et les exigences du commerce international* ",2° thème: les effets du contrat, 2 et 3 janvier, Le Caire 1993.

54- LAGARDE (P.), -Aproche critique de la lex mercatoria, in Mélanges GOLDMAN, litec, 1982, PP. 125-150.

55- LAHETHE (D.), -La force majeure dans les contrats internationaux : Cahier juridique de l'électricité et du Gaz, n° 418, janvier 1987, P. 469.

56- LALIVE (P.), -Obligation de minimiser les pertes dans la pratique du commerce international de construction, RD. aff. int., 1987, P. 385.

-Ordre public transnational et arbitrage international, Rev. arb. 1986, n° 3, P. 329.

-Sur la bonne foi dans l'exécution des contrats d'Etat, in Mélanges VANDER ELST Roymand, 1986, PP. 425-451.

57- LEBOULANGER (P.), -Etats, politique et arbitrage, l'arbitrage du plateau des pyramides, Rev. arb.1986, n° 1, P. 3.

58- LE CAYER-THIE-FFRY (C.) et THIEFFRY (P.), -L›évolution du cadre législatif de l'arbitrage commercial international dans les années 1980, JDI, 1991, n° 4, P. 948.

59- LESGUILLONS (H.), -Frustration, force majeur, imprévision, welgfall der gescheftsgrundlage, D. prat. com. int., 1979, n° 4, P. 507.

-La vente, (Sous direction de), Lamy, contrats internationaux, juin 1995, T.3, division 4.

60- LE TOURNEAU (Ch.), -Quelques aspects des responsabilité professionnelles, Gaz. Pal., 1986, 11, Doc., P. 616.

61- LEVEL (P.), -À props de la clause compromissoire, J. Cl., Procédure civile, art. 1003 - 1028, Fasc. 111, n° 70.

-À props de la négociation dans la vie des affaires, JCP, éd. E, 1989, 11, 15615.

-Obligation de minimiser les pertes dans la pratique du contrat international de construction, Rev. aff. int., 1987, P. 385.

62- LOQUIN (E.), -Pouvoirs et devoirs de l'amiable compositeur, à propos de trois arrêts de la cour d'appel de paris, Rev. arb. 1985, n° 2, P. 199.

-Les pouvoirs des arbitres internationaux à la lumière de l›évolution récente du droit de l'arbitrage international, JDI, 1993, P. 293.

63- LYON - CAEN (G.), -Du rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail, RTD. civ., 1974, P. 241.

64- MARTAY (L.), -Observation, in " Les problèmes du long term ", op. cit., P. 157 et s.

65- MARTIN (G.), -Note sous cass. civ., 1ère ch 24 février 1981, D., 1982, P. 499.

66- MAYER (P.), -L'autonomie de l'arbitrage dans l'appréciation de sa propre compétence, Rec. de cours, 1989, V, P. 426.

-La neutralisation du pouvoir normative de l'Etat en matière de contrats d'Etat, JDI, 1986, n° 1, P. 5.

-Le pouvoir des arbitres de régler la procédure, une analyse comparative des systèmes de civil law et de common law, Rev. arb. 1995, n° 2, P. 163.

-Le principe de bonne foi devant les arbitres du commerce international, in Mélanges LALIVE (P.), 1993, P. 543.

-La sentence contraire à l'ordre public au fond, Rev. arb. 1994, n° 4, P...

67- MAZEAUD (H. - J.), -Note sous, cass. civ., 1ère ch., 7 mars, 1966, JCP, 1966, 11, 14878.

68-MEINERTWHAGEN - LIMPENS (A.), -Typologie des conditions générales de la vente internationale d'objets mobiliers corporels, in " Les ventes internationales des marchandises ", Colloque de la faculté de droit d'Aix - en - provence, 7 - 8 mars 1980, Economica, Paris, 1981, P. 92.

69- MELOTIE, -Note sous, cass. soc., 15 avril 1970, D., 1971, P. 107 et s.

70- MERCCADAL (B.), -Ordre public et contrat international, Dr. prat. com. int., 1977, n°4, P. 457.

71- MESTRE (J.), -Note, Sous cass. civ., 31 mai 1988, RTD. civ., 1988, P. 71 et s.

-Obligation et contrats spéciaux, in jurisprudence française en matière de droit civil, RTD civ. 1986, P. 86.

72- MINGCHAN (C.-C.) et MY CHRUN (A.-C.), -La force majeure et imprévision dans les contrats internationaux passés avec la chine, les petites affiches, 5 juillet 1989, n°80-19.

73- MORIN (G.), -Le devoir de coopération dans les contrats internationaux, droit et pratique, Dr. Pra. com. int., 1980, n° 1, PP. 9-28.

74- NANOTIAV (B.), -Régime juridique et portée de l'obligation de modérer le dommage dans les ordres juridiques nationaux et le droit du commerce international, RD. aff. int., 1987. P. 393.

75- OPPETIT(B.), -Arbitrage et contrats d'Etat, l'arbitrage Framatone et autres c\ Energy of Iran, JDI, 1984, PP. 37 - 80.

-Arbitrage juridictionnel et arbitrage contractuel: À propos d'une jurisprudence récente, Rev. arb., 1977, n° 4, P...

-Contrats économiques internationaux, " Les «Hardship» clauses ", Dr. prat. com. int., 1975, n° 3, P. 512

-L'adaptation des contrats internationaux aux changement de circonstances, la clause de «Hardship», JDI, 1974, n° 4, P. 794.

-La théorie de l'imprévision en droit comparé, Annexe n° 1, Dr. prat. com. int., 1976, n° 1, P. 45.

-Philosophie de l›arbitrage commercial international, JDI, 1993, n°4, PP. 811-826.

76- PADIS (P.), -La vente commerciale internationale par contrats - types et Incoterms, Gaz. du. palais, 4 septembre 1970, 2, doctrine, PP. 91-104.

77- PAULSSON (J.),

-L'adaptation du contrats, in " l'arbitre et le contrat ", journée d'étude organisée à paris le 12 janvier 1984 par le comité français de l'arbitrage, Rev. arb., 1984, P. 249.

-La lex mercatoria dans l'arbitrage C.C.I., Rev. arb., 1990, n° 1, P.55.

-Les obligations des partenaires dans un accord de développement économique : La sentence Comeroun c.\ Klockner, Rev. arb., 1984, PP. 19 - 63.

78- PELLET,

-De l'ordre pubic en droit international privé, mélanges PILLET, P. 452 et s.

79- PELTCHET (M.),

-La vente internationale de marchandises et le conflit de lois, Rec. de Cours, la Haye, 1987, 1, V, 201, PP.17-210.

80- PHILIPPE (D.),

-" Pacta sunt servenda " et " Rebus sic stantibus ", in " l'apport de la jurisprudence arbitrale ", séminaire des 7 et 8 avril 1986, C.C.I, Paris 1986.

81- PICOD (Y.),

-L›obligation de coopération dans l›exécution du contrat, JCP. éd. G., 1981, 1, doc. 3318.

82- PINTO (R.),

-L'affaire du Rainbow warrior : À propos de la sentence arbitrale du 30 avril 1990, JDI, 1990, n° 4, P. 841.

83- POMMIER (J.- CH.), -La résolution du conflit de lois en matière contractuelle en présence d'une élection de droit : le rôle de l'arbitre, JDI, 1992, n° 1, P. 5.

84- PONTIER (J. - M.), -L'imprévision, Rev. du droit public, 1986, P.8.

85- QUSSENKO (E.), BOGOUS LAVSKIL (M.) et LAPTEV (V.), -Quelques aspects juridiques du commerce entre les payes de systèmes sociaux differents et les problèmes de sciences juridiques, in " Colloque d'Helsinki ", Op. cit., P. 281 et s.

86- RADOUANT (J.), -Note sous cass. civ., 2° ch., 13 mars 1957, D., 1958, P. 73 et s.
-Note sous, cour d'appel de paris, 30 juin 1958, JCP, éd. G., 1959, 11, 11105.

87- RIVKIN (D.W.), -Lex mercatoria and force majeure, in " transnational rules in international commercial arbitration ", 1993, P. 161.

88- ROBERT (J.), -La législation nouvelle sur l'arbitrage, D., 1980, chron., p. 189 et s.

89- ROLIN (H.), -Vers un ordre public réelement international, in Mélanges BASDEVANT, Paris - Pédone, 1960, P. 441 et s.

90- ROUHETTE (G.), -La révision conventionnelle du contrat, RID comp., 1986. P. 369.

91- RUDDEN (B.), -La justice et l'inefficace pour un non - devoir de renseignement, RTD. civ., 1985, P. 91.

92- SAVATIER (J.), -L'ordre public économique, D., 1965, chron., p. 36 et s.
-Le contrat administratif du règlement intérieur, Dr. soc., 1987, P. 705 et s.

93- SCHMIDT (J.), -La négociation du contrat international, Dr. prat. com. int., P. 239.

94- SILARD (S. A.), -Clauses de maintien de la valeur dans les transactions internationalles, JDI, 1972, P. 213 et s.

95- SIMLER (Ph.), -De la novation, JCP, 1979, n° 309.

96- SOKLOW (N.), -La force majeure dans les contrats entre sociétés occidentales et centrales commerciales soviétiques, Dr. prat. com. int., 1978, n° 3, P. 323.

97- SPARWASSER (R.), -Rapport nationaux, Allemagne, in " Les modifications du contrat au cours de son exécution en raison de circonstances nouvelles ", Harmonisation du droit des affaires dans les payes du marché commun, Sous la direction de René RODIERE et avec les réflexion comparatives de Denis TALLON, éd. A. PEDONE, paris, 1984, P. 124 et s.

98- SZASZY (I.), -Chronique de jurisprudence Hongroise de droit international privé (1945- 1972), JDI, 1973, P.480.

99- TERKI (N.- E.), -La clause d›entrée en vigueur dans le contrat international de longue durée en droit algérien, Dr. prat. com. int., 1983, n°2, PP. 221-238.

-L›imprévision et le contrat international dans le code civil Algérien, Dr. prat. com. int., 1982, PP. 9-28.

100- TREILIARD (J.), -De la suspension des contrats, in " La tendance à la stabilité du rapport contractuel" , étude de droit privé, sous la direction de Paul DURAND , LGDJ, 1960, P. 59.

101- TSCHANZ, -Contrats d'Etat et mesures unilatérales de l'Etat devant l'arbitre international, Rev. cri. DIP, 1985, P. 48.

102- TUNC (A.), -Force majeure et absence de faute en matière contractuelle, RTD civ., 1945, P. 235.
-Note sous cass., 1[ére] ch. civ., 30 novembre 1960, D., 1961, P. 122.

103- ULLMANN (H.), -Droit et pratique des clauses de Hardship dans le système juridique américain, RD aff int., 1988, n° 7, P. 889.

104- UYTVANCK (J.- V.), -Le point de vue d›entreprises belges à l›égard du contrat international: «synthèse d› un débats» in " Le contrat économique international, stabilité et évolution " , Travaux des V11[es] journées d'études juridiques Jean DABIN, 1975.

105- VAN UYTANCK (J.), -Le point de vue d'entrepreneurs belges à l'égard du contrat international : synthèse d'un débat, in " Le contrat économique international, Satbilité et évolution", travaux des V11 es journées d›études juridiques Jean DABIN, 1975, P. 408.

106- VENGLER (V.), -Note introductive sur la législation nouvelle en R.D.A en matière de droit international privé, Rev. Crit. DIP, 1977, P. 191.

107- VERHOEVEN (J.), -Arbitrage entre Etats et entreprises étrangers : des règles spécifiques ? Rev. arb., 1985, n° 4, P. 609.

108- VIROLE (J.), -Incidence des mesures d›embargo sur les contrats internationaux, Dr. prat. com. int., 1981, n° 3, PP. 311-331.

109- VON OMMESLAGHE (P.), -Les clauses de force majeure et l›imprévision (Hardship) dans les contrats Internationaux, RDI. Et du D. comp., 1980, N°1, PP. 7-59.

110- WALAD (TH.), -Stabilité du contrat, règlement des litige et renégociation, mécanisme en communauté d›intérêts dans la coopération internationale pour le développement des ressource minérales, Rev. arb., 1981, n° 2, P. 203.

111- WEIL (P.), -Les clauses de stabilisation ou d›intangibilité insérées dans les accords de développement économiques , in Mélanges ROUSSEAU, Paris, 1974.

112- WENGLER (W.), -Nouveaux aspects de la problèmatique des contrats entre Etats et personne privée, Rev. Belg. DI, 1978, P. 407.

113- WIGNY (P.), -Responsablité contractuelle et force majeure, RTD. civ., 1935, P. 52 et s

114- WITZ (C.) et BOPP (T.), -" Best efforts ", " Reasonable care ": considerations en droit allemand, RD aff. int., 1988, P. 1029.

° Sentences arbitrales :

-Recueil des sentences arbitrales de la chambre de commerce international, 1974 - 1985, ICC publishing S.A, Paris, New York, Klawer law and Taxation publishers, Deventer Boston.

-Recueil des sentences arbitrales, 1986 - 1990, ICC publishing S.A, Paris, New York, Klawer law and Taxation publishers, Deventer Boston.

- Sentences arbitrales publiées à la revue de l'arbitrage.

-Sentences arbitrales publiées au journal de droit international (Clunet), surtôut n° 4 de chaque année.

- Sentences arbitrales publiées au journal des Tribunaux.

ثالثاً : المراجع باللغة الإنجليزية :

1- AFFOLTER (M.), -Comparative analysis of definition contained in the various clauses of the general conditions or standard contracts of ECE relating to causes for relief, in " Somme problems of non- performance and force majeure in international contracts of sale" Helsinki, 1961, p. 19 et s.

2- COHN (E. - J.), -Manual of German law, Oceana Publication, Londres, vol. 1, 1968.

3- DELAUME (G.), -Transnational Contracts, Oceans Publications, 1983.

4- DERMAN -Force majeure and the denial of an export licence, under Soviet Law, 1959.

5- EWAN Mc KENDRICK, -Force majeure and frustration of contract, L.L.P (Lloy's of London Press Ltd), 1991.

6- HAMBRO (E.), -The relation between international law and conflict law, Rec. de cours, 1962, n° 105, 1, P. 1 et s.

7- HOUTTE (H. V.), -Change circumstances and pacta sunt servenda, in " Transnational commercial arbitration ", 1993, P. 105 et s.

8- F. KESSIER, E. Fine, -Culpa in contra hendo, bargaining in good faith and freedom of contract, A comparative study, Havard Law Review, 1964, p. 409.

9- KHALILIAN (S. - K.), -Controversial theory of frustration before Iran-United States claims tribunal, J. of . int. arb., vol.7, n° 3, 1990.

10- KESSIER (J.) et FINE (E.), -Culpa in contra hendo, bargaining in good faith and freedom of contract, a comparative study, Harvard Law Review, 1964, P. 409.

11- MELIS (W.), -Force majeure and Hardship clause in international commercial contrats in view of the practice of the ICC court of arbitration, J. of. int. arb.1984, PP. 213-221.

12- RAJSKI (J.), -Basic principles of international trade law of certain européen socialist States and of Est-West trade relations, Dr. prat. com. int., 1978, n° 1; PP. 9-28.

13- RDELAUME (G.), -Change of circumstances and force majeur clause in transnational loans, Dr. prat. com. int., 1981, PP. 333-359.

14- W. RIVKIN (D.), -Lex mercatoria and force majeure, in " Transnational commercial arbitration ", 1993, P. 160 et s.

15- RODHE (K.), -Adjustment of contracts on account of changed conditions, Scandinavian Studies in Law, 1959.

16- SIMTH (H.), GLASTON (N. M.) and LEVITSK (S. L.), -International Contracts, Parker School of Foreign and Comparative Law, United States, M. Bender, 1981.



مطبعة الفجيرة الوطنية - هاتف ٠٩٢٢٢٣٣٨٨ دبي :٠٤٢٩٧٨٩١٢

أكاديمية شرطة دبي، هاتف : ٩٧١٤٣٤٨٢٢٥٥+

فاكس : ٩٧١٤٣٤٨١١٤٤+، ص.ب : ١٢٠٨٥ دبي

بريد إلكتروني : college@dudaipolice.gov.ae